

PROGRAMAS DE COMPUTADOR, SISTEMAS INFORMÁTICOS E COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-CONTRATUAIS

Pelo Mestre Alexandre L. Dias Pereira ()*

SUMÁRIO:

Nota Introdutória. I. Programas de Computador. § 1. Generalidades: 1.1. Importância e caracterização geral do *software*; 1.2. Protecção jurídica dos programas de computador; 1.3. A cultura das licenças. § 2. Formas de aquisição de *software*: 2.1. “Tipologia”; 2.2. Relações pré-contratuais e aconselhamento informático. § 3. Encomenda de *software individual* e adaptação de *software standard*: 3.1. Qualificação jurídica (empreitada / prestação de serviços inominado); 3.2. Adaptação. § 4. Compra e venda de *software*: 4.1. Qualificação jurídica (compra e venda/locação); 4.2. A situação no direito comparado; 4.3. O problema da natureza do suporte; 4.4. Direitos do utilizador legítimo de *software*; 4.5. Limites exógenos à liberdade contratual. — II. Sistemas Informáticos. § 5. Generalidades: 5.1. Caracterização do sistema informático; 5.2. Método. § 6. Sistemas Informáticos “Chaves na Mão”: 6.1. Elaboração do projecto de sistema; 6.2. Autonomia jurídico-económica do sistema; 6.3. Qualificação jurídica; 6.4. *Leasing* de sistema informático; 6.4.1. Programas de computador e sistemas informáticos; 6.5. Seguro do sistema informático. § 7. *Outsourcing* de sistema informático: 7.1. Significado económico-social do *outsourcing*; 7.2. Caracterização do *outsourcing* informático e distinção de figuras afins; 7.3. Finalidades e conteúdo do *outsourcing* informático; 7.4. Questões de direito laboral. § 8. Apontamento conclusivo. — III. Comunicações Electrónicas.

(*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

§ 9. Contratos electrónicos: 9.1. Acordos EDI (*Electronic Data Interchange*); 9.2. Comércio Electrónico na Internet; 9.3. Documento electrónico e assinatura digital; 9.4. Momento da celebração. § 10. Serviços da sociedade da informação: 10.1. Noção e modalidades; 10.2. Alguns problemas. § 11. Defesa do consumidor: 11.1. Contratos à distância; 11.2. Cláusulas abusivas. § 12. Protecção da propriedade intelectual: 12.1. Bases de dados electrónicas; 12.2. Portagens de acesso: os envelopes criptográficos; 12.3. Tutela jurídica das medidas tecnológicas de protecção e dos serviços de acesso condicional. Resenha Bibliográfica.

Nota Introdutória

Este trabalho versa sobre alguns aspectos jurídico-contratuais dos programas de computador, dos sistemas informáticos e das comunicações electrónicas. O seu título é extenso e, porventura, poder-se-ia abreviar por “contratos informáticos e comércio electrónico”. E, com efeito, na origem deste texto estão escritos de apoio a diversas conferências que proferimos sobre os temas dos contratos informáticos e do comércio electrónico.

Não obstante, apesar da extensa formulação do título, o subtítulo delimita o objecto deste trabalho, em termos de versar apenas sobre alguns aspectos jurídico-contratuais do mundo dos programas de computador, dos sistemas informáticos e das comunicações electrónicas. Vale isto por dizer que não é nosso propósito cuidar aqui de toda a complexa e ampla problemática jurídica destas novas realidades tecnológicas. Antes pelo contrário, trataremos apenas de alguns dos aspectos jurídico-contratuais, sem pretender sequer exaurir a complexa temática dos contratos informáticos e electrónicos.

Assim, dentro desses (apenas alguns) aspectos jurídico-contratuais vamos começar pelos que respeitam aos programas de computador (*software*). Uma questão prévia neste domínio prende-se com o regime de protecção jurídica do *software*, que está subjacente à contratação dos programas de computador. Esta contratação é caracterizada pela “cultura das licenças”. Analisaremos as principais formas de aquisição de *software*, incluindo os problemas das relações pré-contratuais e do aconselhamento informático. Dentro dessas formas destacaremos, por um lado, a encomenda de

software individual e a adaptação de *software standard*, e, por outro, a compra e venda de *software*. Para ambos os grupos de situações procuraremos uma qualificação jurídica adequada, tendo em conta também dados de direito comparado. Serão ainda referidos os direitos do utilizador legítimo de *software*, bem como certos limites exógenos à liberdade contratual impostos por imperativos de interesse geral.

O tratamento destes aspectos jurídico-contratuais dos programas de computador será pressuposto na análise dos aspectos jurídico-contratuais dos sistemas informáticos, que faremos em segundo lugar. Trata-se agora de estudar algumas figuras contratuais cujo objecto é composto por sistemas informáticos. Partindo de uma caracterização de sistema informático, trataremos especialmente dos contratos de sistemas informáticos “chaves na mão” (*turn-key*) e dos acordos de “externalização” dos serviços informáticos (*outsourcing*). No primeiro grupo de situações será dada especial atenção à autonomia jurídico-económica do sistema, com relevo em sede de qualificação jurídica dos contratos. Além disso, faremos ainda uma breve referência a certos aspectos do *leasing* e do seguro informáticos. No segundo grupo de situações interessa considerar o significado económico-social do *outsourcing*, proceder à caracterização do *outsourcing* informático e distingui-lo de figuras afins. Depois, importará ainda atender às finalidades prosseguidas com o *outsourcing*, analisar o conteúdo destes acordos e levantar alguns dos seus problemas, especialmente no domínio do direito laboral.

Em terceiro lugar, trataremos de alguns aspectos das comunicações electrónicas. Trata-se de considerar os chamados contratos electrónicos, desde a sua génese nos acordos EDI até ao universo global do comércio electrónico na Internet, focando algumas questões que se prendem com os documentos electrónicos e as assinaturas digitais e o momento da celebração destes contratos. Além disso, daremos especial atenção aos serviços da sociedade da informação, procurando defini-los, recortar exemplificativamente as suas modalidades e enunciar alguns dos seus problemas jurídicos. Dentro deste leque de problemas consideraremos sucintamente as questões, por um lado, da defesa do consumidor nos contratos à distância e nas cláusulas abusivas, e, por outro lado, da protecção

da propriedade intelectual mormente nas bases de dados electrónicas e na tutela das portagens de acesso (os “envelopes criptográficos” de conteúdos informativos). Terminaremos com uma referência sumária à problemática das medidas tecnológicas de protecção e dos serviços de acesso condicional, em que poderão consistir os serviços da sociedade da informação.

Encerramos esta nota introdutória referindo que este texto desenvolve e sistematiza escritos de apoio a diversas conferências que proferimos sobre os contratos informáticos e o comércio electrónico, baseando-se parcialmente em aspectos da nossa dissertação “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital” (Coimbra 1998), e do nosso livro “Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica” (Coimbra, Almedina, 1999). Pelo privilégio da publicação deste texto na *Revista da Ordem dos Advogados* agradecemos, muito penhorados, ao Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro, esperando assim honrar a sua amável sugestão.

I. Programas de Computador

§ 1. Generalidades

1.1. *Importância e caracterização geral do software*

Os contratos relativos aos programas de computador (*software*) revestem um interesse crescente no universo da prática negocial. A importância desta figura deve-se, fundamentalmente, a três ordens de razões: 1.ª razões de índole técnico-científica relativas à especificidade da natureza do *software*, tais como, o elevado grau de especialização tecnológica e a especial importância que o factor tempo assume neste domínio; 2.ª razões de natureza económica e social atinentes à importância do *software* neste nosso tempo, a saber, a informatização da sociedade e da economia, o fenómeno de massas em que se traduz a utilização do *software*, e a formação de um vasto mercado de produtos e serviços informáticos; 3.ª razões especificamente jurídicas, como sejam, o problema da natureza jurídica do *software* para efeitos de tutela, e a necessidade particularmente sentida neste domínio de atender a imperati-

vos de interesse geral postulados, nomeadamente, pela protecção dos consumidores e pela defesa da livre concorrência. ⁽¹⁾

Em termos gerais, podemos caracterizar o *software* como um conjunto de comandos e instruções capaz de fazer uma máquina de tratamento de informação desempenhar certas funções e executar determinadas tarefas. Esta caracterização genérica aproxima-se da definição de programa de computador constante das *WIPO Model Provisions* (1978), a qual terá sido acolhida pelo nosso legislador na Lei da Criminalidade Informática com uma designação diferente (“programa informático”) ⁽²⁾. O *software* não se confunde com a máquina (*hardware*) que o utiliza. Trata-se de coisas distintas. De tal modo que o *software* pode ser utilizado por outras máquinas de tratamento de informação, desde que com elas seja compatível, e vice-versa. Apesar de serem coisas distintas, o *software* e a máquina encontram-se ligadas por um nexo de dependência funcional: são como que as duas faces de uma mesma moeda, a que se chama computador. O computador é, pois, uma máquina de tratamento de informação que executa *software*, isto é, que utiliza *software* para desempenhar as funções e executar as tarefas que lhe permite o *software* utilizado.

1.2. Protecção jurídica dos programas de computador

O sector das tecnologias informáticas, em especial no domínio do *software*, é um sector em permanente “ebulição”. O *software*, que ontem era a última novidade, pode ser hoje obsoleto, em virtude dos programas mais recentes. Actualizar é, dir-se-ia, a palavra de ordem, sucedendo-se, a um ritmo quase vertiginoso, a oferta de programas cada vez mais aperfeiçoados e funcionais. As empresas seguem a máxima de que deverão ser elas a tornar os seus produtos obsoletos antes que os concorrentes o façam. O factor tempo assume extrema importância no que res-

⁽¹⁾ Cfr. Contratos de “*Software*” (texto preparado por Alexandre Dias Pereira), in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade* (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996), Coimbra 1996.

⁽²⁾ Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto, art. 2.º-c.

peita, não apenas à exploração económica do *software*, através da sua produção e distribuição, mas também à utilização final que se faz desse bem, porquanto introduz um risco acrescido de o produto se tornar obsoleto.

Por outro lado, os programas de computador constituem um bem económico muito valioso, colocando-se o problema da sua protecção jurídica. A Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (artigo 52.º-2/c-3) excluiu os programas de computador, enquanto tais, do catálogo das invenções susceptíveis de protecção pelo direito das patentes, juntamente com outras ideias (3). Além disso, a tese da protecção *sui generis*, defendida por muitos, só indirectamente seria acolhida num regime de direitos de autor. Com efeito, praticamente todos os países afinaram o diapasão pela solução do legislador estadunidense, o qual alterou em 1980 o seu regime de *copyright* para abranger expressamente o *software* no seu âmbito de protecção, inserindo-o no catálogo das obras literárias. Desde então muitos foram os países que secundaram esta solução, tais como, a Hungria (1983), a Austrália (1984), o Japão, a Alemanha, a França e o Reino Unido (1985), a Espanha e o Brasil (1987), o Canadá e Israel (1988), a Dinamarca (1989), etc. (4). A única excepção terá sido a Bulgária, que adoptou um regime *sui generis* para proteger o *software*.

Em 1991, a Comunidade Europeia adoptou a chamada "Directiva-Software" (5), determinando que "os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, considerando-os como obras literárias" (considerando 6). Esta foi, aliás, uma solução mais ou menos pacífica ao longo dos trabalhos preparatórios (6), remontando ao Livre Verde da Comissão sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia, no quadro da política de harmonização das legislações

(3) E neste sentido dispôs o nosso Código da Propriedade Industrial (art. 48.º-1/d-3), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro.

(4) Cfr. Zeno-Zencovich, *Le leggi sulla tutela dei programme per elaboratore in Italia e nel Mondo*, Padova 1992, p. 1 ss.

(5) Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

(6) Sobre os trabalhos preparatórios da directiva-software, Vinje, DIT 2/1992, p. 13 s.

dos Estados-membros em matéria de propriedade intelectual e industrial, traçada no seu Livro Branco sobre a realização do Mercado Interno.

A internacionalização da protecção do *software* pelo direito de autor ⁽⁷⁾, enquanto obra literária, atingiria o seu auge no âmbito das negociações do GATT, com o artigo 10.º do Acordo ADPIC ⁽⁸⁾: “Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”⁹; e, mais recentemente, com o artigo 2.º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor ⁽⁹⁾.

1.3. A cultura das licenças

Como matriz negocial da exploração económica dos programas de computador vamos encontrar a figura do contrato de licença, que se caracteriza como sendo o acordo pelo qual, o titu-

⁽⁷⁾ O problema da protecção jurídica dos programas de computador constitui um dos temas nucleares da nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade intelectual*, Coimbra 1998. Dentro da bibliografia aí referida veja-se, nomeadamente: entre nós, Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 69 s; Idem, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra 1992, p. 473 s; Moura e Silva, DirJ 1993, p. 253 s; Lopes Rocha, *Direito da Informática: Estudo introdutório*, 1994; Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, Coimbra 1994; Lopes Rocha/Pedro Cordeiro, *A protecção jurídica do software*, 2.ª ed., Lisboa, 1995; António Veloso, Portugal, in Jongen / Meijboom (ed.), *Copyright Protection in the EC*, Deventer-Boston, 1993; Saavedra, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa, 1998. No direito comparado, para além de inúmeros artigos de revista, exemplificativamente, Luzzatto, “La crisi del ‘software’”, in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano 1977, p. 719 s; Alpa (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984; Millard, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, London, 1985; Kessler, *Le Logiciel. Protection Juridique*, Paris 1986; Schaming, *Le Droit du Logiciel*, Paris 1990; Czarnota/Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe*, London, 1991; Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Auf., Köln, 1993; Koch/Schnupp, *Software-Recht*, Berlin, 1991; Moritz/Tybusseck, *Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., München, 1992; Ristuccia/Zeno-Zencovich, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza (con 40 decisioni di giudici italiani)*, Padova, 1990; Lehmann / Tapper (ed.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford 1993.

⁽⁸⁾ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, de 15 de Abril de 1994 (TRIPS/ADPIC).

⁽⁹⁾ Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor, aprovado pela Conferência Diplomática de Genebra, em Dezembro de 1996.

lar dos direitos concede a outrem uma autorização de utilização do programa de computador, ou de uma sua cópia, para determinados fins (nomeadamente, produção e/ou distribuição, utilização final). Com efeito, é com base na figura da licença que o titular dos direitos explora economicamente o programa, autorizando a sua utilização (ou de cópias suas), por terceiros, para e de acordo com determinados fins, sem se privar do exclusivo de fruição que a sua qualidade lhe confere, ou seja, sem abdicar do monopólio de exploração que a sua qualidade de titular dos direitos lhe reserva em exclusivo. Nesse sentido, os contratos de utilização de *software* são “*contratos de licença*”. São contratos pelos quais se admite a restrição de um exclusivo. Entram no mesmo tipo das licenças das patentes e de várias outras licenças no sector da propriedade industrial”⁽¹⁰⁾.

Por essa razão, fala-se, aliás, de uma “*Lizenzkultur*”⁽¹¹⁾. E, no universo da prática negocial emergem as mais diversas “constelações contratuais” de licenças⁽¹²⁾. Constelações estas que se formam, e assim adquirem a sua especial caracterização, consoante os fins específicos que, em concreto, as partes prosseguem, com cada particular utilização do programa (ou de cópias suas), no quadro das suas características técnicas e qualidades funcionais e consoante o tipo de programa (sistema operativo, programa aplicativo, *firmware*). Sendo esse, como vimos, o critério de aferição da extensão e amplitude do *licere* de cada autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos ao respectivo detentor da licença, em harmonia com o princípio da “cedência funcional” (*Zweckübertragungsgrundsatz*), que encontra, *mutatis mutandis*, equivalente no princípio da interpretação restritiva. Porém, a posição de monopólio que ocupa o titular dos direitos na exploração do programa, confere-lhe o poder de conformar unilateralmente o conteúdo dos contratos de licença que arbitrariamente decida conceder. Pelo que, encontra a área de reserva e de exclusão que o titular dos direitos dispõe determinados limites internos ou “endóge-

(10) Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, Coimbra 1996, p. 356.

(11) Cfr. Lehmann, CR 1993, p. 268; Idem, NJW 1993, p. 1822.

(12) Cfr. Pres, CR 1994, p. 520 s; Idem, *Urheberrechtliche Software-Lizenzverträge*, Köln 1993, *passim*.

nos” (os direitos mínimos do legítimo utilizador) e externos ou “exógenos” (nomeadamente, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e a disciplina da defesa da livre concorrência nos mercados nacional e europeu), decorrentes da sua ponderação com princípios fundamentais da tutela social do consumidor e da protecção da livre concorrência na economia de mercado ⁽¹³⁾.

Embora a *praxis* do comércio jurídico seja muito mais rica, reflectindo a cada instante o desabrochar da liberdade contratual das partes na autodeterminação dos seus interesses sancionada pelo direito, podemos distinguir três séries de licenças de utilização, correspondentes, respectivamente, a três grupos de fins: produção/distribuição, distribuição, e utilização final. Ao contrário desta última, que incide sobre cópias, as duas primeiras incidem sobre o programa enquanto fonte de exploração económica. Com efeito, trata-se de autorizações de utilização do programa que facultam à outra parte *participar* também na sua exploração, sem que impliquem qualquer transmissão de direitos sobre o programa. Antes pelo contrário, trata-se de acordos de licenças pelos quais o titular dos direitos, sem se privar da sua área de reserva exclusiva, permite à outra parte participar, *sine domino*, no seu monopólio de exploração económica, concedendo-lhe autorização para, em certos termos e no quadro de determinados fins, utilizar o programa. Por seu turno, os acordos de licença de utilização para fins de utilização final incidem sobre cópias do programa, destinando-se a permitir a um utilizador final participar, também *sine domino*, na sua área reservada de uso ⁽¹⁴⁾.

Assim, consoante se enquadrem na participação do monopólio de exploração intermediária ou na área de reserva de uso primário, os acordos de licença incidirão, respectivamente, sobre o programa ou sobre cópias suas, enquanto objecto de autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos, que não se priva, em qualquer caso, do exclusivo de fruição económica que a sua qualidade lhe atribui ⁽¹⁵⁾. Refira-se, ainda, que tem sido proposta a apro-

⁽¹³⁾ Cfr. Lehmann, EWS 1994, p. 293 s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Contratos de “Software”*, p. 127.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Lehmann, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang, *Urhebervertragsrecht*, Fs Schricker, München, 1995, p. 543.

ximação das licenças de produção e/ou distribuição a determinadas figuras contratuais, como sejam, respectivamente, a edição e os contratos de distribuição, *maxime* a concessão e, em certos termos, a franquia ⁽¹⁶⁾.

As licenças de utilização de programas de computador para fins de distribuição distinguem-se da cessão de direitos, seja legal, seja contratual. Exemplo de uma cessão legal é, a nosso ver, a que consta do art. 2.º, 3, da Directiva Programas de Computador ⁽¹⁷⁾, nos termos da qual só o empregador fica habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos aos programas de computador criados no âmbito de relações laborais. Deste modo, salvo estipulação contratual em contrário, a empresa (*software-house*) adquire mediante *cessio legis* a qualidade de titular dos direitos de exploração económica exclusiva dos programas assim criados. Qualidade essa que pode, em certas circunstâncias, ceder a terceiro relativamente a todos ou alguns desses direitos (princípio da especialidade). Porém, é na qualidade de titular exclusivo dos direitos de exploração que a empresa frui economicamente o programa, pois que, se a cessão da sua qualidade de titular dos direitos lhe pode ser, eventualmente, vantajosa pela mais valia que a transacção lhe proporcione, já implica, por outro lado, a renúncia ao monopólio ou exclusivo de exploração que aquela qualidade lhe reserva relativamente a cada um dos direitos patrimoniais. Pelo que, a exploração económica do programa se traduz, não na cedência da sua qualidade de titular dos direitos, abdicando da área de reserva de que é *dominus*, mas antes na concessão de autorizações de utilização do programa e de cópias deste. Por outras palavras, ao invés de transmitir a sua qualidade de titular exclusivo dos direitos de reprodução, tradução e adaptação, e distribuição de um programa, concede apenas autorizações de utilização deste ou de

⁽¹⁶⁾ Cfr. Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 721; Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Pres, *Software-Lizenzverträge*, p. 194 s; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 230; Huet/Maisl, *Droit de l'informatique*, p. 281, p. 442; *Lamy droit informatique*, n.º 26 s. Sobre os contratos de distribuição chamados OEM (*Original Equipment Manufacturer*) e VAR (*Value Added Reseller*), veja-se, nomeadamente, Schneider, *EDV-Rechts*, p. 842 s; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 70 s; Pearson, *Computer Contracts*, p. 179 s.

⁽¹⁷⁾ Directiva n.º 91/20/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

cópias suas, conservando o monopólio de exploração. Inserem-se, portanto, no quadro dos contratos de direitos de autor que não têm por objecto a cessão ou transmissão de direitos, mas antes a exploração do programa ou a utilização de cópias suas (18).

§ 2. Formas de aquisição de *software*

2.1. “Tipologia”

A prática contratual respeitante à obtenção de programas de computador no mercado dos produtos e serviços informáticos configura, geralmente, três tipos de situações. De um modo geral, podemos dizer que, em função das necessidades específicas de cada cliente particular, assim será procurado um programa padronizado (o chamado *standard software*), um programa adaptado ou individualizado às suas necessidades, ou um programa a criar *ex novum* (o chamado *taylor made* ou *individual software*).

Se não existir correspondência entre os programas que existem no mercado (mesmo adaptados) e as necessidades específicas de um particular cliente, este contrata com uma empresa de desenvolvimento de programas (*software-house*), normalmente, por intermédio de um distribuidor — actuando este, em tais casos, na qualidade de agente, *de direito ou de facto*, consoante o caso concreto —, a criação *ex novum* de um programa com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, bem como os termos da respectiva utilização de uma sua cópia. Se, porém, for possível adaptar um programa existente no mercado às suas necessidades, a adaptação poderá ser efectuada pelo próprio distribuidor, nos termos da respectiva licença de distribuição (19). Por último, se

(18) Veja-se, nomeadamente, Boytha, Freitas, Dd’A 1991, p. 210 s., p. 232 s.

(19) A “transformação” do programa é uma faculdade reservada ao titular de direitos sobre o programa e reveste-se de grande importância económica. Com efeito, a “tradução” do código-fonte em código-objecto, a tradução do código-fonte através de uma outra linguagem de programação (“clonagem”), a preparação dos chamados produtos derivados (sejam complementares ou substitutos funcionalmente equivalentes), a transformação do programa com vista ao melhoramento da sua eficiência (as chamadas actualizações ou *updates*), a adaptação do programa às necessidades específicas do utilizador, operações

existir correspondência entre as necessidades do cliente e um programa “tal e qual” cujas cópias são distribuídas no mercado, o cliente limita-se a obter a respectiva licença de utilização junto do distribuidor.

2.2. *Relações pré-contratuais e aconselhamento informático*

A obtenção de uma “licença de utilização de suporte lógico”, bem como, em geral, a obtenção de bens informáticos, nomeadamente a aquisição de um sistema informático, é normalmente precedida de um diagnóstico, de um estudo prévio, das necessidades do cliente. O qual, pode ser efectuado, ou no quadro das relações pré-contratuais que o cliente estabelece com o fornecedor (nomeadamente, o distribuidor), ou nos termos de um contrato de conselho ou de consultadoria ⁽²⁰⁾ que celebra com um terceiro.

No âmbito das relações pré-contratuais que o cliente estabelece com o fornecedor, refiram-se os critérios específicos elaborados pela doutrina francesa, densificadores do *princípio da boa fé* neste domínio particular, mobilizáveis também no âmbito do contrato de consultadoria ⁽²¹⁾. Sucintamente, por um lado, sobre o fornecedor impende um dever geral de informação, que compreende: a obrigação de esclarecer — *l'obligation de renseignement* — o cliente sobre as características técnicas e qualidades funcionais do programa ⁽²²⁾ (1); a obrigação de acautelar — *l'obligation de mise en garde* — o cliente, chamando a sua atenção para as precauções

de manutenção e assistência, são apenas exemplos do relevo económico deste direito de exploração. Sobre a importância económica deste direito veja-se, nomeadamente, Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., München, 1993, p. 127-30; Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, Köln, 1996, p. 141-2.

⁽²⁰⁾ *Beratungsverträge; contrat de conseil; Consulting ou Management Contract.*

⁽²¹⁾ Cfr. Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 50 s; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 11 s; Viricel, *Contrats de l'informatique*, p. 62 s; *Lamy droit informatique*, n.º 72 s, esp. n.º 392 s.

⁽²²⁾ Por exemplo, mediante documentação técnica informativa, e não meros prospectos publicitários, etc.

necessárias indispensáveis para a utilização segura do produto (2) ⁽²³⁾; a obrigação de conselho — *l'obligation de conseil* —, que se traduz, em geral, em formular um juízo sobre a oportunidade da informatização, e, em especial, em propor materiais (nomeadamente, programas) adequados e proporcionais às necessidades exprimidas pelo cliente, obrigação esta cuja intensidade varia, no caso concreto, em função, nomeadamente, do nível de conhecimentos do cliente e, em especial, de ele se ter feito previamente acompanhar de um “consultor” nos termos de um contrato de consultadoria (3). Neste sentido, ao “fornecedor poderá ser imputada uma ‘culpa profissional’, quer no caso de fornecimento de um sistema demasiadamente poderoso e inutilmente custoso, quer no propor um equipamento insuficiente, ou até mesmo não utilizável pelo adquirente” ⁽²⁴⁾. Por outro lado, sobre o cliente incumbe um dever geral de colaboração — *devoir de collaboration* —, que compreende: a obrigação de se informar quer junto do fornecedor, quer junto de terceiros (1); e a obrigação de informar o fornecedor, nomeadamente, no que respeita aos meios informáticos de que já dispõe, aos objectivos que pretende alcançar, e, em geral, em tudo quanto seja pertinente para ajuizar das suas necessidades (2).

Estas obrigações de informação e colaboração recíproca valem também no âmbito do contrato de consultadoria. Aqui, sucintamente, o “consultor informático” diagnostica, confidencialmente, as necessidades do cliente (inventariando os eventuais equipamentos informáticos de que disponha, tipo de actividade que exerça, objectivos, etc.), e propõe, num caderno de encargos que elabora, soluções, em termos de oportunidade e de adequação, no sentido, nomeadamente, da obtenção, em certas condições, de uma licença de utilização da cópia de um programa (ou, em geral, de um sistema informático) concebido com determinadas características técnicas e certas qualidades funcionais, quer esse programa exista já no mercado (ainda que careça de adaptações específicas),

⁽²³⁾ Por exemplo, precavendo o cliente das dificuldades técnicas de utilização, recomendando-lhe, pelo menos numa primeira fase, o recurso a um sistema paralelo de tratamento manual de informações e a assistência por um *conseil en informatique*, etc.

⁽²⁴⁾ Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra 1989, p. 408.

quer se trate de um novo programa a criar segundo aquele conceito. No direito comparado, este contrato de consultadoria informática é qualificado como *contrat d'entreprise* ⁽²⁵⁾ e *Werkvertrag* ⁽²⁶⁾.

§ 3. Encomenda de *software individual* e adaptação de *software standard*

De um modo geral, como referimos, se não houver correspondência entre as necessidades específicas de cada cliente particular e os programas disponíveis no mercado, assim será procurado junto dos distribuidores, ou um programa a criar *ex novum* (o chamado *taylor made* ou *individual software*) ou a adaptação de um programa padronizado (o chamado *standard software* adaptado).

No primeiro grupo de casos, o cliente celebra, por ex., com uma *software-house* um contrato pelo qual esta última se obriga a criar um programa de computador com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, e a conceder ao cliente uma licença de uso, em certos termos, de uma sua cópia ⁽²⁷⁾. Em termos de enquadramento jurídico, este contrato comunga do contrato de encomenda de obra ⁽²⁸⁾.

3.1. *Qualificação jurídica (empreitada/prestação de serviços inominado)*

Quanto ao problema de saber se a encomenda de *software*, enquanto encomenda de obra, é assimilável, em termos gerais, ao

⁽²⁵⁾ *Lamy droit informatique*, n.º 105 s; Pouillet, *Contrats de logiciels*, p. 132-3; D'Hamale/Evrard, *Le contrat de conseil*, p. 193 s.

⁽²⁶⁾ Schneider, *EDV- Rechts*, p. 353 s; Martinek, *Moderne Vertragstypen*, II, p. 327.

⁽²⁷⁾ Podendo, no entanto, acordar as partes a transmissão para o cliente dos direitos de exploração do programa, o qual, por sua vez, poderá conceder à *software-house* uma licença de utilização do programa para fins de distribuição e de utilização, etc.

⁽²⁸⁾ Cfr. art. 14.º Código do Direito de Autor, art. 3.º, 3, Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro.

contrato de empreitada ⁽²⁹⁾, importa referir que no direito comparado a opinião dominante na doutrina, seguida pela jurisprudência, favorece a sua qualificação como *contrat d'entreprise* ⁽³⁰⁾, *Werkvertrag* ⁽³¹⁾, e *contratto di appalto* ⁽³²⁾, não sendo essa solução prejudicada pela natureza incorpórea dos programas de computador ⁽³³⁾.

Entre nós, perante o problema de saber se a encomenda de obra é reconduzível ao tipo contratual da empreitada, o STJ, no acórdão de 3 de Novembro de 1983, considerou que “o contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística” ⁽³⁴⁾, sufragando a doutrina defendida pelos Profs. Ferrer Correia e Henrique Mesquita: “A palavra obra, neste preceito utilizada (art. 1207.º do Cód. Civil), abrange tanto as obras materiais como as obras de engenho ou intelectuais (de natureza literária, científica, ou artística)” ⁽³⁵⁾. Porém, no Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, o STJ pronunciou-se no sentido de a encomenda de obra consistir num contrato de prestação de serviços ino-

⁽²⁹⁾ Art. 1207.º do Código Civil.

⁽³⁰⁾ Cfr. *Lamy droit informatique*, n.º 220; Schaming, *Le droit du logiciel*, p. 239; Huet/Maisl, *Droit de l'informatique*, p. 281, 440; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 110, 115; Gaudrat, *DIT* 3/1986, p. 62; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 96; Viricel, *Le droit des contrats de l'informatique*, p. 163; Poulet, *Contrats sur la fourniture de logiciels*, p. 341.

⁽³¹⁾ Cfr. Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 259; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 209, p. 572 s; Pagenberg/Geissler, *Lizenzverträge*, p. 533, 590 s; Lehmann, *NJW* 1993, p. 1825, n. 40; Braun/Höckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 126; Mehrings *NJW* 1986, p. 1907; Ruppelt, *Die Überlassung von Computerprogrammen*, p. 37 s; Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 22, n. 11; Junker, *JZ* 1989, p. 520; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 258 s; Pres, *CR* 1994, p. 524; Pres, *Software-Lizenzverträge*, p. 166.

⁽³²⁾ Cfr. Cerina, *DII* 1994, p. 422 s; Finocchiaro, *CI* 1991, p. 1119 ss; Sbisà, Lanzillo e Rosselo, in Alpa, *Contratti*, p. 34, p. 54, p. 107 (ou “contratto d'opera, se il fornitore è un tecnico non imprenditore”).

⁽³³⁾ Na doutrina helvética, o “Softwareherstellungsvertrag” é qualificado como um “Innominatkontrakt *sui generis*” regido por analogia pelas regras do “Werkvertrag” (cfr. Slongo, *Softwareherstellungsvertrag*, p. 168 s).

⁽³⁴⁾ *BMJ* n.º 331, 1983, p. 489.

⁽³⁵⁾ Ferrer Correia/Henrique Mesquita, *ROA* 1985, p. 157. Veja-se também Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 422, p. 142; *Idem*, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 356. No sentido da empreitada, mais recentemente, Brito Pereira, *ROA* 1994, p. 569 s.

minado ⁽³⁶⁾, aproximando-se, agora, da orientação doutrinal que se opõe à qualificação da encomenda de obra como empreitada ⁽³⁷⁾.

3.2. Adaptação

O problema põe-se de novo no segundo grupo de casos, isto é, quando o cliente celebra com o distribuidor um contrato, pelo qual este se obriga a adaptar, nos termos da respectiva licença de distribuição, um determinado programa às específicas e particulares necessidades do cliente. Trata-se agora não de *software individual*, mas antes de *software standard* personalizado, ou seja, de um programa padrão adaptado às necessidades específicas do cliente. De notar que, a licença de uso da cópia do programa é directamente concedida pelo titular dos direitos ao cliente. O distribuidor apenas se limita a vender e/ou a locar as cópias que se encontra autorizado a comercializar, bem como a prestar os serviços a clientes de assistência e de manutenção no quadro da sua licença de distribuição. E é nos termos desta que ele pode efectuar as operações necessárias à adaptação de um programa às específicas necessidades de um cliente, que não “adquire”, portanto, uma licença de uso de uma cópia do programa “tal e qual” é colocada no mercado. Acresce que, normalmente, os eventuais direitos de autor que o distribuidor adquira ao efectuar estas operações são transmitidos, não ao cliente, mas ao concedente da licença de distribuição.

Ora, consoante a operação de adaptação (“Anpassung”) se traduza, ou numa simples prestação de serviços, ou numa criação de obra nova, assim serão diferentes as exigências concretas do caso, reclamando, nessa medida, diferente enquadramento. No direito comparado, este contrato, bem como, de um modo geral, os

⁽³⁶⁾ BMJ n.º 374, 1988, p. 449 s.

⁽³⁷⁾ Antunes Varela, ROA 1985, p. 159 s; Baptista Machado, RLJ Ano 118.º, p. 278; Calvão da Silva, ROA 1987, p. 129 s. Recentemente, pronunciando-se pela natureza *sui generis* da encomenda de obra, L. Francisco Rebello, *Introdução ao direito de autor*, I, Lisboa 1994, p. 109-10, p. 109-10, ou enquanto contrato atípico de prestação de serviços, Romano Martinez, *Contrato de empreitada*, Coimbra 1994, p. 101; manifestando a sua “inclinação para considerar a encomenda de obra como um contrato diferente da empreitada”, Maria M. Veloso, *A encomenda de obra intelectual*, p. 29 (texto gentilmente cedido pela Autora).

restantes contratos relativos à prestação de prestações de serviços de assistência e manutenção (“Wartung”), predomina a sua qualificação, respectivamente, como *Werkvertrag* ou *Diensvertrag* ⁽³⁸⁾, *contrat d’entreprise* ou *louage d’ouvrage* ⁽³⁹⁾, e *contratto di appalto di servizi* ⁽⁴⁰⁾.

§ 4. Compra e venda de software

Existindo correspondência entre as necessidades do cliente e um programa “tal e qual” cujas cópias são distribuídas no mercado, o cliente limita-se a obter a respectiva licença de utilização junto do distribuidor. Nestes casos, ao considerar que a cópia pode ser vendida, a Directiva Programas de Computador ⁽⁴¹⁾ parece ter proposto uma solução para o problema da qualificação jurídica das chamadas “licenças de utilização de suporte lógico”.

4.1. Qualificação jurídica (compra e venda / locação)

É uma questão muito debatida, que não é pacificamente admitida entre nós. Concordamos com a caracterização desta figura como contratos de licença ⁽⁴²⁾, embora admitamos que o título de licença de utilização de uma cópia de um programa de computador possa ser, verificados certos requisitos, objecto de compra venda ⁽⁴³⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1825, n. 40; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 206, 629 s; Schmid, CR 1994, p. 518; Braun/Höckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 126; Mehrings, NJW 1986, p. 1907; Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 22, n. 11; Junker, JZ 1989, p. 520; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 258 s.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Lamy droit informatique*, n° 222; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 109; Pouillet, *Contrats sur la fourniture de logiciel*, p. 341; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 96; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 162, n. 592, p. 163; Lopheim/Cruysmans, *Les clauses particulières*, p. 389.

⁽⁴⁰⁾ Alpa e Lanzillo, in Alpa, *Contratti*, p. 15 e p. 39, respectivamente; Finocchiaro, CI 1991, p. 117, n. 54.

⁽⁴¹⁾ Considerando 17, *in fine*.

⁽⁴²⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, cit., p. 356.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Contratos de ‘Software’*, p. 172 s.

A favor desta qualificação poder-se-á invocar, recentemente, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro, que define a venda, para efeitos do art. 68.º, 2-f, CDADC ⁽⁴⁴⁾, como “o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, sem limite de tempo e com benefícios comerciais directos ou indirectos”. Na verdade, se esta forma de distribuição consiste numa venda, então parece que o acto de aquisição da cópia para efeitos de utilização nessas condições será uma compra e venda, ainda que se possa denominar licença de utilização. Esta é o título de utilização da obra reproduzida na cópia, cuja aquisição poderá revestir uma forma de compra e venda. Isto significa, ainda, que poderá tratar-se de formas contratuais não apenas social mas também legalmente típicas, sendo que, são “contratos típicos ou nominados os que [...], além de possuírem um nome próprio (*nomen iuris*), que os distingue dos demais, constituem objecto de regulamentação específica.” ⁽⁴⁵⁾

O problema é, todavia, complexo, sendo muito debatido. Como ponto de partida, deve entender-se que a determinação do conjunto de critérios de regulamentação — a chamada “qualificação jurídica” — a que seja de sujeitar uma particular licença de utilização de suporte lógico dependerá das exigências colocadas pelas partes na estipulação do respectivo conteúdo, de acordo com o princípio da liberdade contratual ⁽⁴⁶⁾. Assim, não se deverá prejudicar a assimilação desta constelação de licenças a um determinado tipo contratual, porquanto “é a vontade das partes que determina a ‘natureza jurídica’ à qual o juiz dará uma qualificação típica se reunir os elementos essenciais de um contrato típico. [...] Não se pode esquecer a liberdade de as partes concluírem um contrato de objecto misto, complexo ou *sui generis*” ⁽⁴⁷⁾. Isto significa, por-

⁽⁴⁴⁾ Prevendo a venda como uma forma de distribuição, juntamente com o aluguer e o comodato.

⁽⁴⁵⁾ Antunes Varela, *Das Obrigações*, I, Coimbra 1994, p. 276. Veja-se também, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra 1991, p. 198 s. Sobre a distinção entre tipicidade social e legal, C. Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, reimp., Coimbra 1970, p. 94, e mais recentemente, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra 1995.

⁽⁴⁶⁾ Art. 405.º do Código Civil.

⁽⁴⁷⁾ Bergmans, DIT 3/1987, p. 164 (notando ainda que: “La spécificité des contrats en matière informatique et télématique ne réside donc pas dans leur nature, mais dans les modalités originales dues à l’immatérialité de l’objet auquel ils s’appliquent” — p. 165).

tanto, que interessa apurar, em primeira linha, independentemente da denominação que a *praxis* atribua a estes contratos, os elementos negociais “com virtualidade informadora típica” (48).

4.2. A situação no direito comparado

No direito comparado, *maxime* nos países de *Civil Law* que conosco comungam da tradição românico-germânica, encontramos diversas orientações, as quais nem sempre coincidem com o entendimento proposto pelo legislador comunitário.

Começando pelo direito alemão, a experiência deste país caracteriza-se por uma evolução da jurisprudência, na qual se podem distinguir duas fases. Na primeira fase, o BGH considerou, na decisão de 4 de Novembro de 1987, que a licença de utilização de um programa era susceptível de ser regida pela aplicação analógica dos critérios prescritos no BGB para a “Sachkauf” (49) na medida em que se verificassem, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) ter como objecto *standardsoftware* “tal e qual”, não adaptado (“vorgefertigte Standardsoftware”); (b) terem as partes acordado um preço a pagar de uma só vez (“Vereinbarung eines einmaligen Entgeltes”); (c) tratar-se de uma “cessão” sem duração ou indeterminada (“Überlassung auf Dauer”); (d) e de livre disposição (“Überlassung ‘zu freier Verfügung’”) (50). Este entendimento era ainda sustentado com base no argumento segundo o qual, versava o contrato, de algum modo, sobre uma coisa corpórea móvel (§ 90 BGB), uma vez que a *Softwareüberlassung*, nas palavras do BGH, teria por objecto “ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm, also eine körperliche Sache” (51). E, era com fundamento neste argumento que uma certa orientação dou-

(48) Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra 1967, p. 667, n. 356.

(49) Cfr. §§ 433 *et seq.* (*maxime* as prescrições dos vícios e defeitos § 459 *et seq.*) BGB.

(50) Em síntese, tratar-se-ia de um “Kaufvertrag, wenn vorgefertigte Standardsoftware dem Erweber gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfügung überlassen wird” (Moritz, CR 1994, p. 260).

(51) BGH, NJW 1988, p. 408.

trinal entendia que a “unbefristete Überlassung von Standardsoftware”, no seu “Standardfall”⁽⁵²⁾, se deveria qualificar, nos termos do § 433 I 1 BGB, como “Sachkauf”. E assim seria, porque o “Standardsoftware” revestia natureza jurídica de objecto corpóreo móvel⁽⁵³⁾, em função da “einheit von Datenträger und Programm”, tal como, por exemplo, os livros, os discos, as cassetes de vídeo; e porquanto, na linha de certo entendimento doutrinal, o carregamento do programa não constituía reprodução relevante nos termos do § 16 I UrhG, não se traduzindo, assim, os “Überlassungsverträge” na concessão “eines einfaches Nutzungsrechts gem. 31, 32 UrhG”, mas antes na transferência da propriedade sobre uma coisa corpórea, e, nessa medida, como “Sachkauf”⁽⁵⁴⁾.

Porém, o BGH pronunciava-se noutro sentido, com o apoio da doutrina dominante⁽⁵⁵⁾. Com efeito, apenas admitia a *aplicação analógica* dos critérios prescritos para a “Sachkauf” uma vez verificados, no caso concreto, cumulativamente, os requisitos mencionados. Entendia o BGH que o contrato versava, em primeira linha, sobre o programa, isto é, sobre uma coisa incorpórea, conferindo ao “Benutzer” apenas um direito de uso de uma sua cópia. Ora, em função do conceito de “Sach” (coisa corpórea) que informa o BGB, a aplicação deste não seria possível senão por via analógica. O contrato de “Softwareüberlassung” seria regulado como “Kaufähnlicher Vertrag”⁽⁵⁶⁾ se se verificassem, no caso concreto, os requisitos mencionados: programa *standard* “tal e qual” (1); pagamento de preço único (2); utilização de duração ilimitada (3); e livre disposição (4). Porém, na medida em que o direito de utilização fosse concedido pelo titular dos “Verwertungsrechte”, de

(52) Ou seja, quando o utilizador adquire um programa fixado em disquete ou banda magnética, para uso no seu computador pessoal, através de um contrato, no qual acorda com o fornecedor o pagamento de um preço único.

(53) § 90 BGB.

(54) Cfr. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, p. 22, 30, 36; veja-se também, Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 250 s.

(55) Cfr. Mehrings, NJW 1986, p. 1905; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 211 s; Braun/Jöckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 125-6; Lehmann, CR 1992, p. 327; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 34 s; Bartsh, CR 1992, p. 393; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 718, n. 33, p. 722; Pres, CR 1994, p. 520 s; Idem, *Software-Lizenzverträge*, p. 170 s; Zahmt, CR 1994, p. 456 s.

(56) §§ 433 *et seq.* BGB.

acordo com o §32 UrhG, com limites espaciais, temporais ou de conteúdo, o contrato seria reconduzido a um “Mietähnlicher Vertrag”⁽⁵⁷⁾, porquanto, segundo a vontade das partes, estar-se-ia já não perante uma “Austaschverhältnis”, mas antes uma “Dauerschulverhältnis”.

Posteriormente, o BGH viria a refinar o seu critério, na decisão de 18 de Outubro de 1989, eliminando o requisito “zu freier Vergütung”, firmando o critério jurisprudencial segundo o qual, “die Überlassung von Standardsoftware auf unbegrenzte Zeit gegen einmaliges Entgelt dem Vertragstypus des Kaufvertrags unterfällt”⁽⁵⁸⁾. De igual modo, o entendimento doutrinal dominante defendia a recondução ao tipo “Kaufvertrag” do contrato de “Softwareüberlassung” pelo qual se transacciona definitivamente (“Transaktion endgültig”; “Überlassung auf Dauer”) uma cópia de um programa “zur Nutzung”, sendo, nessa medida, aplicáveis analogicamente, os §§433 *et seq.* BGB, e os §§377, 378 HGB; se, pelo contrário, se se tratasse da concessão temporária de um direito de uso (“befristetes Nutzungsrecht”; “Überlassung auf Zeit”), estar-se-ia perante um “Lizenzvertrag” em sentido estrito, regulado pelos critérios da locação constantes dos §§535 *et seq.* BGB⁽⁵⁹⁾. Neste último caso, a delimitação do âmbito da autorização de utilização (“bestimmungsgemäßen Benutzung”) seria orientada, em primeira linha, pelo interesse de participação do titular dos direitos, no sentido da licitude das cláusulas que proibam acções susceptíveis de afectarem as suas possibilidades de exploração, como por ex., as chamadas cláusulas CPU, “floating”, “field of use”⁽⁶⁰⁾. Em qualquer caso, ao utente legítimo seriam garantidos, como “Mindesrechte”, as faculdades de carregamento e de funcionamento, a correcção de erros, a execução de uma cópia de apoio, os

(57) §§ 581 *et seq.* BGB.

(58) Moritz, CR 1994, p. 261.

(59) Cfr. Junker, JZ 1989, p. 320; Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 257, 260; Ruppelt, *Die Überlassung von Computerprogrammen*, p. 22 s; Pagenberg/Geissler, *Lizenzverträge*, p. 530 s, 599; Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 720 s; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 234; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 211 s; Pres, CR 1994, p. 520 s; Idem, *Softwarelizenzverträge*, p. 234-5; Zahrrt, CR 1994, p. 456 s; Voss, CR 1994, p. 450.

(60) Cfr., por ex., Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Pres, CR 1994, p. 524.

testes, a descompilação nos limites do §69e UrhG, bem como as adaptações do programa que fossem necessárias de acordo com a utilização definida, e, na sua ausência, com o *Zweckübertragungsgrundsatz* ⁽⁶¹⁾. Para além destes limites endógenos, o titular dos direitos depararia, ainda, com certos limites exógenos impostos na limitação do âmbito da autorização de utilização segundo os §§31 *et seq.* e §69d UrhG. Com efeito, o princípio da especialidade ou cindibilidade (“Prinzip der Aufspaltbarkeit”) dos direitos de exploração encontrar-se-ia limitado pelo interesse geral da protecção do tráfego jurídico e pelo princípio da liberdade da concorrência. Assim, as estipulações contratuais encontrar-se-iam sujeitas ao controlo previsto pela “AGB-Gesetz” e pelo “Kartellrecht”, considerando-se, nomeadamente, como contrária ao §9 II AGB-Gesetz a “Formularklauseln”, e contrária aos §§ 15, 18 GWB a “Individual vertragliche”, que proibisse a alienação, onerosa ou gratuita, da cópia de um programa que tivesse sido objecto de “compra”, porquanto esta transacção teria esgotado (“Erschöpfungsgrundsatz”) o direito de distribuição dessa mesma cópia. No entanto, tal estipulação já não seria inválida se a cópia do programa fosse objecto de um contrato de licença de uso temporário ⁽⁶²⁾.

No horizonte jurídico latino, a constelação de licenças de utilização de suporte lógico tem sido considerada, pela maioria dos autores franceses, como uma mera “concession de droit d’usage”. Nessa medida, o “contrat de licence d’utilization de logiciel” qualificar-se-ia como *louage* de bem incorpóreo, mesmo que o respectivo suporte tivesse sido objecto de um contrato de compra e venda, porque tal não implicaria a transmissão ou *cession* de direitos de autor sobre o programa ⁽⁶³⁾. Assim, nomeadamente, num contrato de *prologiciel* “tear-me-open” dever-se-ia distinguir, por

⁽⁶¹⁾ Cfr. Haberstumpf, GRUR Int. 1992, p. 718.

⁽⁶²⁾ Cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 722; Pres, CR 1994, p. 524.

⁽⁶³⁾ Cfr. Lamy *droit informatique*, n.º 214; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 202, 233 s; Huet/Maisl, *Droit de l’informatique*, p. 444; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 118, n. 405. Porém, não sendo o programa protegido pelo *droit d’auteur* estar-se-ia perante um contrato de *communication de savoir-faire*, regulado enquanto espécie do *contrat d’entreprise* (cfr. Lamy *droit informatique*, n.º 216; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 236 s; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 162, n. 592).

um lado, o contrato de concessão de licença de utilização entre o titular dos direitos e o utilizador (locação), e, por outro lado, o contrato de transferência da propriedade (compra e venda) do *paquet* celebrado entre o distribuidor e o utilizador⁽⁶⁴⁾. Porém, alguns autores entendem que o *prologiciel* seria susceptível de ser considerado como incorporado no suporte, não sendo o programa mais do que uma mera qualidade da coisa corpórea que lhe serve de suporte⁽⁶⁵⁾. Assim, o contrato oneroso entre o fornecedor e o utilizador teria por objecto uma coisa corpórea, qualificando-se como contrato de compra e venda ou como contrato de locação consoante transmita a propriedade (“droit réel”) ou conceda o gozo dessa coisa (“droit personnel”). No entanto, o utilizador apenas poderia fazer uso do exemplar⁽⁶⁶⁾, “dans la limite que lui assigne le monopole”, no exercício do “*droit de destination*”⁽⁶⁷⁾. Contudo, por outro lado, numa outra orientação considera-se que “la qualification de vente [...] est erronée et qui donne lieu en fait à la concession de droit à usage”, e recusa-se também a assimilação do *contrat de prologiciel* à locação, propondo a sua caracterização como “*contrat sui generis*”⁽⁶⁸⁾.

No direito italiano, o contrato de “licenza d’uso de software” aparece caracterizado pela maioria dos autores como “concessione in godimento”, no quadro das “concessioni di diritti di utilizzazione di opere dell’ingegno”, sendo, nessa medida, reconduzido, na sistemática do *codice civile*, ao tipo contratual da *locazione*⁽⁶⁹⁾. Numa outra perspectiva, alguns autores não excluem, porém, a possibilidade de tratar como *vendita* a aquisição de “software standard”, especialmente quando se trate de uma licença de utilização de duração indeterminada⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Vivant, *Le contrat dit de tear-me-open*, p. 100.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Poulet, *Contrats de logiciels*, p. 340-1.

⁽⁶⁶⁾ Reconduzido à coisa corpórea ou suporte material de fixação do programa, que mais não seria do que uma qualidade daquela.

⁽⁶⁷⁾ Gaudrat, DIT 2/1986, p. 62, 64, 67.

⁽⁶⁸⁾ Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 80, p. 11.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Cerina, DII 1994, p. 413 s; Lanzillo, Rosselo, in Alpa (a cura), *Contratti di utilizzazione*, p. 52, p. 107-8, n. 46; Finocchiaro, CI 1991, p. 1118.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Sbisà, in Alpa (a cura), *Contratti di utilizzazione*, p. 32-3; Ristuccia/Zencovich, DII 1994, p. 249.

4.3. O problema da natureza do suporte

A complexidade do problema aumenta nos casos de aquisição de *software* mediante transmissão electrónica entre sistemas informáticos. Com efeito, nos casos em que a concessão da utilização de uma cópia de um programa não seja acompanhada de uma coisa corpórea tradicional (por ex., disco digital) a servir-lhe de suporte material alguns autores consideram que não obstante isso será irrelevante para a qualificação do negócio. Primeiro, porque o fornecimento de um suporte material não seria essencial nem sequer necessário ⁽⁷¹⁾. Tal sucederia, justamente, no grupo de casos de “Telesoftwareerwerb” em que a cópia do programa é fornecida mediante transferência electrónica ⁽⁷²⁾. Com efeito, “il supporto materiale nei contratti aventi ad oggetto il *software* è irrelevante, come criterio di distinzione di figure contrattuali all’interno di un rapporto, in quanto lo stesso può anche mancare del tutto: si pensi infatti al *software* fornito via *modem*”; os programas de computador são bens imateriais ou coisas incorpóreas, e não deixariam de o ser pelo facto de se encontrarem “incorporados” num suporte material, sendo este apenas um instrumento fungível e dispensável da circulação daquele, oferecendo-se, nessa medida, como “del tutto ininfluyente nell’economia dei rapporto contrattuale” ⁽⁷³⁾.

Assim, não seria em função da natureza jurídica da coisa que constitui objecto destes contratos que se apuraria a sua qualificação jurídica, porquanto essa seria sempre e invariavelmente a mesma, quer a cópia seja transaccionada com ou sem um exemplar corpóreo. Em suma: “Ein Computerprogramm ist als ein immaterielles Gut zu betrachten. [...] Eine Trennung von Inhalt und Medium ist bei einem Datenträger nicht nur möglich, sondern sogar beabsichtig. Der Schwerpunkt des Leistungsaustausches liegt auf dem materiellen Inhalt, dem Computerprogramm.” ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ Zahmt, CR 1994, p. 457 (“Die Lieferung eines Datenträgers ist zwar nicht essentiell und nicht einmal nötig.”)

⁽⁷²⁾ A chamada “Datenfernübertragung—DfÜ”, que se oferece, designadamente, nas modalidades de “Mailbox” ou de “Bildschirmtext—Btx-Netz”.

⁽⁷³⁾ Cerina, DII 1994, p. 417-8. Veja-se também Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 133; Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 144; Idem, NJW-CoR 1994, p. 164; Heinrich, JZ 1994, p. 938.

⁽⁷⁴⁾ Pres, CR 1994, p. 520.

Todavia, embora concordemos com este entendimento, cumpre referir que a qualificação como compra e venda é muitas vezes ligada à natureza corpórea do suporte, como sucede no problema de saber em que medida entram os programas de computador e a comercialização das respectivas cópias no âmbito de aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ⁽⁷⁵⁾. Para além do debate entre os autores, cumpre referir a este respeito que o BGB, na sua decisão de 4 de Novembro de 1987, considerou tratar-se de compra e venda de mercadoria o caso de *software* comercializado com suporte de dados, por entender que do Art. 7 da referida Convenção decorre que esta deve ser interpretada segundo o seu carácter internacional, havendo consenso internacional quanto a essa interpretação, como aliás a jurisprudência estadunidense viria a julgar também na decisão *Advent Systems Ltd. v. Unisys* (US Court of Appeals, 1991) em conformidade com a definição de mercadoria do *Uniform Commercial Code*, ou seja, que é mercadoria o suporte de dados que carrega o *software* ⁽⁷⁶⁾.

4.4. Direitos do utilizador legítimo de software

Independentemente do enquadramento jurídico a que uma particular licença venha a ser sujeita, são garantidos ao utente legítimo determinadas faculdades de utilização da cópia ⁽⁷⁷⁾. Trata-se das faculdades mínimas que integram imperativamente o *licere* de qualquer licença de utilização do programa ou de uma sua cópia que o titular dos direitos conceda. Assistem ao utente legítimo as seguintes faculdades mínimas ⁽⁷⁸⁾: a faculdade de praticar as operações de carregamento e funcionamento necessárias à utilização

⁽⁷⁵⁾ Sobre a questão, em sentido favorável, Cerina, DII 1994, p. 405 s; Primak, CLJ 1991, p. 197 s; em sentido favorável no caso de *software standard*, Hoeren, Endler/Daub, CR 1993, p. 129 s, p. 601 s; contra, Moritz, CR 1994, p. 263.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Brandi-Dohrn, *Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln* (BGB, *Leasing und UN Kaufrecht*), München, 1994, p. 5-6.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. art. 9.º, 1, *in fine*, e cons. 17 Directiva Programas de Computador.

⁽⁷⁸⁾ Os chamados "Minimalrechten der legitimen Nutzer" ou "Die Mindestbefugnisse der berechtigten Nutzer von Software", Lehmann, NJW 1993, p. 1823.

da cópia o número de vezes que quiser, uma vez que o número de vezes que o utente legítimo faz uso da cópia não afecta o interesse de participação do titular de direitos de protecção (1); a faculdade de correcção dos erros da cópia necessária à sua utilização, entendendo-se que não inclui certas acções de manutenção (*Wartung, Maintenance*), em especial a adaptação que melhore o programa ou a instalação de novas versões, porquanto tais operações afectam o interesse de participação na exploração económica do programa do titular dos direitos (2); a faculdade de execução de uma cópia de segurança quando seja necessária à utilização do programa e não tenha sido fornecida juntamente com a cópia “original” (3); a faculdade de testar, observar e estudar o funcionamento do programa (4); a faculdade de descompilação e utilização das informações obtidas, em conformidade com os requisitos prescritos, com vista à interoperabilidade de sistemas informáticos (5). Nessa medida, não gozarão de “enforceability”, nomeadamente, as cláusulas de uma licença *shrink-wrap* contrárias aos direitos mínimos do utente garantidos pela directiva (79).

Por outro lado, no que respeita aos poderes de disposição, ao adquirente de uma cópia, e apenas a ele, é reservada a faculdade de alienar (vender, doar, trocar) essa mesma cópia, por força do esgotamento do direito de distribuição dessa cópia, resultante de ter esta sido objecto de comercialização na Comunidade, isto é, de compra para revenda. Porém, já não goza da faculdade de locar essa mesma cópia, porquanto tal direito é reservado em exclusivo ao titular dos direitos de exploração económica (80).

Para além destes “Mindesrechte” o conteúdo da licença apurar-se-á, na ausência de cláusulas contratuais específicas, no quadro do princípio da “cedência funcional”, consagrado no art. 5.º, 1, e presente também no preâmbulo da Directiva Programas de Computador: “na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia tenha sido vendida, qualquer outra acção [para além das operações de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização da cópia pelo sue adquirente legítimo, bem como a correcção dos respectivos erros] necessária à

(79) Cfr. Smith, CLJ 1992, p. 597 s; Singleton, CL&P 1993, p. 52 s.

(80) Cfr. art. 4.º-c, Directiva Programas de Computador.

utilização de uma cópia de um programa poderá ser realizada de acordo com o fim a que se destina pelo adquirente legal dessa mesma cópia” (cons. 17). Pense-se, nomeadamente, na importância da faculdade de adaptação às necessidades específicas do cliente. Na concretização deste princípio, a doutrina germânica considera que o titular dos direitos deve poder contratualmente limitar mais as faculdades de uso do utilizador se, no caso concreto, a licença configurar uma locação (não apenas em termos temporais, mas também no que respeita à localização espacial e ao conteúdo da utilização, através das chamadas licenças CPU, “floating”, “field of use”, “Netzwerk”, etc.), desde que, porém não viole os seus direitos mínimos de utilização, e na medida em que possam ser justificadas pelo “Participationsinteresse” do titular dos direitos⁽⁸¹⁾.

4.5. Limites exógenos à liberdade contratual

Por outro lado, como limites exógenos aos direitos do titular na estipulação de limites aos direitos do beneficiário, surgem, nomeadamente, a disciplina da livre concorrência, quer a nível nacional, quer a nível europeu, e a lei das cláusulas contratuais gerais.

Relativamente ao primeiro ponto, alguns autores sustentam que são susceptíveis de ser proibidas pelas regras do direito europeu da concorrência, por analogia com as “listas negras” vigentes para as licenças de patente e de saber-fazer, as chamadas “customer allocation clauses” ou “reine cite-Klauseln”, isto é, as cláusulas contratuais que obriguem o utilizador a fazer uso da cópia do programa apenas num determinado local, ou mesmo num determinado sítio, bem como as chamadas “Koppelungsklauseln” ou “Koppelungsbindungen”, isto é, as cláusulas que obrigam o cliente a adquirir “hardware” juntamente com o “software”⁽⁸²⁾, ainda que

(81) Cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 717, 722.

(82) Cfr. Moritz, CR 1993, p. 262; Lehmann, NJW 1993, p. 1826. Veja-se também: Vajda, ECLR 1992, p. 110 s; Vinje, CR 1993, p. 401 s; Bay, CL&P 1993, p. 176 s.

se sustente que estas “tying clauses” possam ser justificadas, em certos termos, por razões técnicas e de manutenção de qualidade⁽⁸³⁾.

Relativamente ao segundo ponto, refira-se, a título puramente exemplificativo, que são proibidas, em absoluto, quer nas relações entre empresários, quer nas relações com consumidores, as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade por danos pessoais ou por danos patrimoniais extracontratuais⁽⁸⁴⁾, pois que “la clause exonératoire fait partie de la liste ‘noire’ des clauses interdites de façon absolue”⁽⁸⁵⁾. Porém, na medida em que não sejam contrárias à ordem pública, já poderão ser consideradas válidas as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade extracontratual, isto é, “se o bem em risco de vir a ser lesado, fonte de uma eventual responsabilidade extra-contratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível”⁽⁸⁶⁾.

II. Sistemas Informáticos

§ 5. Generalidades

Os sistemas informáticos constituem objecto de diversas figuras contratuais, como sejam, nomeadamente, os contratos “chaves na mão”, o *leasing* de sistemas, determinados serviços informáticos e o chamado *outsourcing*. Vamos analisar estas diversas figuras sob a denominação genérica “contratos de sistemas informáticos”.

⁽⁸³⁾ Vinje, ECLR 1992, p. 167. Sobre a necessidade de uma isenção para as licenças de *software* veja-se Dolmans, *Software Licensing in Europe — Do We Need a Block Exemption?*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, I, London, 1996, p. 409 s.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. arts. 18.º-a, 15.º e 20.º das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro e 249/99, de 31 de Julho, em transposição da Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores).

⁽⁸⁵⁾ Pinto Monteiro, BFD 1993, p. 171.

⁽⁸⁶⁾ Pinto Monteiro, *Cláusulas de responsabilidade civil*, Coimbra 1990, p. 5 (Separata BFD, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró, 1986).

5.1. Caracterização do sistema informático

Interessa começar por encontrar uma caracterização de sistema informático. Com efeito, sendo este o objecto comum das diversas figuras mencionadas, interessa começar por saber o que se entende por sistema informático. O quadro jurídico-legal fornece um conceito de sistema informático. Trata-se da Lei da Criminalidade Informática⁽⁸⁷⁾, que, no seu art. 2.º, al. b), define o sistema informático como um conjunto constituído por um ou mais computadores, equipamento periférico e suporte lógico que assegura o processamento de dados. O sistema informático é aqui caracterizado como um conjunto de vários elementos informáticos (computadores, equipamento periférico e suporte lógico) funcionalmente adequado ao processamento de dados. Nos termos desta lei, existirá sistema informático independentemente da sua interconexão, sendo esta característica definitiva das chamadas redes informáticas (art. 2.º, a). Além disso, o sistema informático, embora a ele não se reduza, pressupõe a existência de um suporte lógico que assegure o processamento dos dados, isto é, de um programa informático, que é definido como um conjunto de instruções capazes, quando inseridas num suporte explorável em máquina, de permitir à máquina que tem por funções o tratamento de informações, indicar, executar ou produzir determinada função, tarefa ou resultado (art. 2.º, c)⁽⁸⁸⁾.

Não vamos adoptar aquela definição legal de sistema informático como um conceito definitivo no domínio dos contratos de sistemas informáticos. Na verdade, tais definições são dadas em ordem a informar o regime da Lei da Criminalidade Informática, não sendo de excluir que no universo da *praxis* negocial surjam

(87) Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto.

(88) Outro elemento necessário de um sistema informático, embora não mencionado na definição legal, é a topografia de produto semiconductor, que permite a funcionalidade dos sistemas electrónicos. A Lei da Criminalidade Informática define-a (art. 2.º, d/e) em termos próximos à Lei da Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores (Lei n.º 16/89 de 30 de Junho, que transpõe a Directiva 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores).

contratos cujo objecto seja de considerar como sistema informático, não obstante não se subsumir às referidas definições legais. Porém, retiraremos destas definições uma caracterização de teor expositivo, de modo a pressupormos algo — ainda que não definitivo — sobre o que são os sistemas informáticos.

5.2. Método

Em segundo lugar, os contratos de sistemas informáticos colhem a sua designação na função económico-social que prosseguem. Trata-se de uma série de contratos formada com base na liberdade contratual. Nos termos em que o Código Civil acolhe este princípio fundamental de direito, as partes, dentro dos limites da lei, têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver; além disso, as partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (art. 405.º).

Ora, o facto de os contratos de sistemas informáticos serem fruto da liberdade contratual não significa que sejam necessariamente contratos atípicos, isto é, contratos não previstos nem regulados na lei. Na realidade, em abstracto, nada obsta a que os contratos de sistemas informáticos possam ser reconduzíveis a tipos jurídico-contratuais. Pelo contrário, neles poderão colher o respectivo regime jurídico na medida em que se possa concluir, mediante ponderação prudencial, caso a caso, pela sua assimilação a figuras jurídicas tradicionais. É o delicado problema da qualificação jurídica, para efeitos de regime positivo, que suscitam com especial acuidade as novas figuras contratuais, entre as quais se contam os contratos de sistemas informáticos.

Numa abordagem puramente formal concluir-se-ia pela atipicidade legal destes contratos. Desde logo porque a lei não teria previsto um regime especialmente destinado a regular contratos com tal designação. Na realidade, os contratos de sistemas informáticos não seriam, enquanto tais, nem previstos nem regulados na lei. Estar-se-ia em face de uma lacuna legislativa em virtude de estes

contratos não serem subsumíveis a nenhum dos tipos contratuais legais. Nessa medida, a integração destes casos omissos processar-se-ia mediante recurso à tradicional analogia, nos termos em que esta fosse admitida.

Porém, numa outra perspectiva metodológica, o problema da qualificação e regime jurídico desta série de contratos não dependerá do nome que as partes convencionem atribuir-lhes, ainda que por uso formado no tráfico jurídico, mas antes da análise das cláusulas estipuladas em concreto pelas partes no exercício da liberdade contratual. Pois que, com efeito, em abstracto, nada obsta a que, independentemente da designação convencional, o conteúdo contratual estipulado livremente pelas partes possa corresponder, em termos de relevância semelhante, a figuras jurídicas tradicionais, *maxime* a tipos contratuais legais. Sendo que a função económica e social dos contratos poderá constituir critério de aferição, em concreto, dessa semelhança relevante, tendo em conta a natureza jurídica do objecto e das prestações acordadas.

Em suma, não devemos prejudicar o tratamento destes contratos a uma pré-compreensão informada pela novidade da sua designação. Isto não significa que também não se possa concluir pela atipicidade desta série negocial no quadro das figuras jurídicas tradicionais. Mas esse é um resultado, tal como o inverso, a que só em concreto poderemos chegar, em função de todos os relevantes dados de facto e de direito. Pelo que, sendo esta análise uma abordagem em abstracto dos contratos de sistemas informáticos, não será nosso propósito senão tratar dos interesses em jogo e das cláusulas habitualmente estipuladas pelas partes. Em termos de enquadramento sistemático, enunciaremos apenas alguns problemas jurídicos que poderão ser suscitados, em concreto, nesse contexto. Uma outra razão pela qual não temos a pretensão de propôr uma qualificação jurídica completa e final destes contratos prende-se com o facto de tratarmos apenas de alguns contratos de sistemas informáticos. Isto é, dentro da ampla e complexa série de contratos que esta denominação abrange vamos tratar apenas algumas figuras relativas aos sistemas electrónicos de informação.

§ 6. Sistemas Informáticos “Chaves na Mão”

Os contratos de sistema informático “chaves na mão”⁽⁸⁹⁾ caracterizam-se por ser aqueles em que uma ou mais partes se obrigam a fornecer à outra um sistema informático composto por equipamentos e programas de computador, e a prestar serviços de instalação, assistência e manutenção desse sistema, nos termos de um caderno de encargos previamente elaborado por si ou por terceiro.

6.1. *Elaboração do projecto de sistema*

Trata-se este de um contrato dito de *engineering*, que tem por finalidade a informatização das actividades de um cliente. Este, para o efeito, contrata com uma empresa especializada no sector da tecnologia informática, um consultor informático (*conseil en informatique; system house*), a realização de um projecto de informatização. Para a elaboração desse projecto, a *system house* estuda a actividade desenvolvida pelo cliente, quer se trate de um consultório médico ou de um hospital, de escritório de advocacia ou de um tribunal, de um banco, de um gabinete de contabilidade ou de uma empresa financeira, de uma sociedade de arquitectos ou de uma empresa de construção civil, etc. Depois, em função das suas necessidades particulares e concretas, propõe a aquisição de um específico sistema informático, composto por equipamentos e programas (sistema operativo e aplicações), em certas condições de instalação (por ex., localização da unidade central e distribuição de terminais) e acompanhamento por regular assistência e manutenção desse sistema (cursos de formação, correcção de erros e adaptação do programa, actualização do sistema, etc.).

O projecto de informatização das actividades do cliente elaborado pela *system house* consta de um caderno de encargos, no qual são especificados quanto às características técnicas e qualidades funcionais, quanto ao preço e justificados em termos de oportunidade, necessidade e adequação às concretas e particulares necessidades do cliente os diversos elementos susceptíveis de inte-

(89) *Clé en main, chiavi in mano, turnkey agreements, Systemvertrag.*

grarem o sistema informático cuja aquisição se propõe. Em suma, a *system house* é incumbida de conceber ou projectar um sistema informático em termos de oportunidade e adequação às necessidades específicas do cliente. Cabe a este, por seu lado, aceitar, ainda que com modificações, ou recusar esse projecto. Por outro lado, a *system house* pode ainda ser encarregada da execução do projecto final de informatização, isto é, da promoção e celebração com terceiros dos contratos de fornecimento de *hardware*, de *software*, e de prestação de serviços, bem como do controlo do respectivo cumprimento. ⁽⁹⁰⁾

Ora, o fornecimento dos equipamentos e dos suportes lógicos e a prestação dos serviços, podem ser acordados com uma ou mais partes, num só ou mais documentos. Assim, por exemplo, o fornecimento dos equipamentos (*hardware*), bem como dos chamados programas de base (*firmware*), pode ser acordado com uma empresa, o fornecimento dos programas de sistema e aplicativos com outra, e a prestação dos serviços de assistência e de manutenção do sistema com a primeira ou com a segunda, consoante respeitem, *grosso modo*, ao *hardware* ou ao *software*. Depois, a prestação relativa ao *software*, quer resulte de um contrato autónomo, quer se integre num contrato único, pode variar consoante se traduza na criação de *software* individual, na adaptação de *software* padronizado, ou na simples concessão de licença de utilização de *software standard*. ⁽⁹¹⁾ De todo o modo, o contrato de sistema informático é celebrado, com um ou mais fornecedores, na sequência de um projecto de informatização concebido por uma *system house*, tendo por objecto equipamentos (*hardware*), programas (*software*), e a respectiva instalação, bem como serviços de assistência e de manutenção do sistema.

⁽⁹⁰⁾ Veja-se, por exemplo, Schneider, *Praxis des EDV-Rechts*, Köln, 1990, p. 353 s., p. 754 s.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *Contratos de "Software"*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996)*, Coimbra, 1996, p. 77 s. Para mais desenvolvimentos e indicações bibliográficas sobre estes contratos, no direito português e no direito comparado, veja-se ainda a nossa dissertação, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998 (sobretudo Parte III, em nota).

6.2. *Autonomia jurídico-económica do sistema*

O contrato de sistema informático “chaves na mão” suscita alguns problemas jurídicos específicos. Problema extremamente delicado diz respeito ao enquadramento jurídico do contrato de sistema informático. Seria descabido tratar aqui exaustivamente desta questão. Sempre diremos, porém, que a resposta deve ser procurada em função das finalidades visadas pelas partes. E, neste ponto, é de interesse capital referir que o objecto deste contrato é constituído não por cada uma das coisas sobre que recaiem as diferentes prestações atomisticamente consideradas, ou seja, não são os equipamentos, os programas ou os serviços isoladamente considerados, mas antes o sistema informático no seu todo ⁽⁹²⁾, tal como foi projectado ou concebido, com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, em função das necessidades específicas de informatização de uma empresa.

O sistema informático, embora composto por equipamentos e programas, com estes não se identifica, antes oferecendo uma mais valia que radica na organização funcional dos elementos que o compõem em função das necessidades específicas, particulares e concretas de informatização de uma determinada empresa. E, para a realização deste sistema informático não carece a empresa de ser proprietária, quer dos equipamentos, quer das cópias dos programas, na medida em que as suas necessidades de informatização se satisfaçam, por exemplo, com o gozo das diversas coisas que compõem o sistema informático. Assim, o sistema informático releva em primeira linha, como uma organização funcional de meios informáticos concebida como susceptível de satisfazer as necessidades específicas de informatização de uma determinada empresa. Nessa medida, o sistema informático surge como um ente económico *a se*, dotado de autonomia e de individualidade, susceptível de ter o estatuto permanente de objecto de direitos.

Trata-se, portanto, de uma coisa complexa, de uma “coisa composta funcional”. Mas não é um puro bem imaterial, uma vez que não se traduz apenas em valores de organização, antes radi-

(92) Como um “conjunto”, na definição da Lei da Criminalidade Informática.

cando num lastro corpóreo e num complexo de relações jurídicas. Com efeito, para realizar o sistema informático são estabelecidas relações jurídicas com um ou mais fornecedores ⁽⁹³⁾. No entanto, e este é o ponto capital, de acordo com a finalidade prosseguida pelas partes, a relação contratual com cada fornecedor, ou cada prestação, não releva, em primeira linha, em si, isoladamente considerada, mas antes enquanto elemento componente do sistema informático.

Compreende-se, portanto, que esta solução seja da maior importância. Com efeito, o sistema informático, enquanto ente *a se* distinto dos diversos elementos que o compõem, poderá constituir objecto de relações jurídicas, por exemplo, de compra e venda, de locação, de comodato, etc. Assim, nomeadamente, poderá ser objecto de locação, apesar de a licença de utilização dos programas que o compõem não conceder tal poder de disposição ao titular do sistema informático. Na realidade, não constituem as cópias dos programas, em si, objecto da locação, mas antes algo distinto, a saber, o sistema informático.

Neste sentido, o Acordo ADPIC prevê um direito de locação comercial dos originais ou cópias de programas de computador e obras cinematográficas. Todavia, esse direito de locação não se aplica às locações de programas de computador em que este não constitua o objecto essencial da locação ⁽⁹⁴⁾. O Tratado OMPI sobre Direito de Autor, adoptado em Genebra em Dezembro de 1996, consagrou este direito de locação em termos idênticos ⁽⁹⁵⁾. Na verdade, quer nos contratos de sistema informático quer, como veremos, nos contratos de *outsourcing*, os programas de computador não constituem objecto essencial da locação, sendo antes apenas um dos elementos que compõem o objecto do contrato.

⁽⁹³⁾ Assim, por exemplo, contratos de compra e venda ou locação de equipamentos e/ou cópias de programas, podendo estes, por ex., resultar de contrato de encomenda; contratos de serviços de assistência e de manutenção; contratos de trabalho com pessoal especializado, etc.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (1994), art. 11.º, 1.ª parte, e *in fine*.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Tratado OMPI sobre direito de autor (1996), art. 7.º.

6.3. *Qualificação jurídica*

Por outro lado, na medida em que a prestação do fornecedor ou fornecedores recaia sobre objectos distintos, distintos serão também os respectivos regimes jurídicos. Assim, por exemplo, as prestações relativas aos equipamentos e aos suportes materiais serão tratadas enquanto compra e venda ou locação e serviços de coisa corpórea móvel, enquanto as prestações relativas às cópias dos programas serão tratadas enquanto compra e venda ou locação de coisa incorpórea.

Mas, note-se, que não nos parece que sejam os programas de base e de exploração susceptíveis de serem considerados como coisas acessórias do equipamento ⁽⁹⁶⁾, pela mesma razão que o não são os programas aplicativos relativamente aos respectivos suportes materiais (por ex. disquetes). Trata-se de coisas de natureza distinta sujeitas a regimes de protecção diversos, iguais considerações valendo para as topografias de produtos semicondutores. Não porque não possam constituir objecto de contratos de compra e venda e de locação como as coisas corpóreas, mas antes porque a sua especial natureza os sujeita a regimes especiais (por ex., os direitos de autor para os programas de computador). Pelo que, em regra, a compra de um computador não é uma simples compra de uma coisa corpórea móvel, mas também, sendo o caso, a compra das cópias dos programas que o integram (por ex. o *firmware* da ROM e da CPU) e em cujo disco rígido se encontram fixados (por ex., sistema operativo).

Acresce que os contratos de sistema informático “chaves na mão” deverão reconduzir-se, em regra, consoante sejam celebrados com vários fornecedores ou apenas com um, respectivamente, a uma união ou coligação de contratos ligados por um nexo de dependência funcional, ou a um contrato misto, sendo aplicáveis as regras que regem estes contratos. No sentido desta última qualificação, veja-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça proferida

⁽⁹⁶⁾ O *firmware* e os sistemas operativos. Sobre a qualificação dos programas de base e dos sistemas operativos como coisas acessórias ao equipamento veja-se, por exemplo, Borruso, *Computer e diritto*, I, p. 151; Sbisà, Rossello, in Alpa (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, p. 23, 31, 83; Bellefonds/Hollande, *Contrats Informatiques et Télématiques*, p. 80; Schaming, *Le droit du logiciel*, p. 242 s.

no Acordão de 5 de Julho de 1994. O Supremo qualificou como contrato misto de compra e venda e empreitada, a reger pelo critério da teoria da combinação, o contrato de fornecimento sistema informático celebrado entre duas partes⁽⁹⁷⁾. Note-se, em todo o caso, que o fim que preside à sua celebração caracteriza-se por ser não o mero fornecimento de equipamentos ou de suportes lógicos, ou a prestação de serviços, isolada ou atomisticamente considerados como fins em si mesmos, mas antes a sua integração conjunta num sistema informático⁽⁹⁸⁾ cuja realização se pretende no quadro de uma pré-concebida organização funcional que o contradistingue e individualiza enquanto ente *a se stante*.

6.4. *Leasing de sistema informático*

A informatização de uma empresa exige na maior parte dos casos avultados investimentos financeiros, nem sempre dispendo as empresas de recursos financeiros que lhes permitam adquirir o sistema informático. Pelo que recorrem com frequência ao financiamento junto de instituições de crédito, celebrando, nomeadamente, contratos de *leasing*, ou, melhor dito, contratos de locação financeira, com sociedades de locação financeira.⁽⁹⁹⁾

Trata-se o contrato de *leasing* de uma modalidade negocial surgida nos anos 50 no seio do universo da prática contratual norteamericana. Actualmente, o contrato de locação financeira (*leasing*, *credit-bail*) é um contrato típico e nominado⁽¹⁰⁰⁾, distinguindo-se

(97) Cfr. Ac. STJ de 4 de Julho de 1994, CJ 1994, II, p. 174. Cfr., em sentido próximo a esta jurisprudência, A. Ribeiro Mendes, *Contratos Informáticos*, Cadernos de Ciência de Legislação, 1993, p. 93. Para o direito comparado veja-se, nomeadamente, Braun/Jöckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 118 s; Pötzsch, *Die rechtliche Einheit von Hardware und Software*, p. 107 s; *Lamy droit informatique*, p. 150-1.

(98) Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 354.

(99) A locação financeira apenas pode ser praticada por determinadas entidades, a saber, as sociedades de locação financeira, isto é, instituições de crédito que tenham por objecto social exclusivo o exercício da actividade da locação financeira. Vide o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, e o Decreto-Lei n.º 72/95 de 15 de Abril.

(100) Inicialmente previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, o contrato de locação financeira encontra actualmente o seu regime legal no Decreto-Lei n.º 149/95 de 24 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro (CLF).

de figuras afins como os contratos de locação simples ⁽¹⁰¹⁾, de arrendamento ⁽¹⁰²⁾, de locação-venda (misto), de venda a prestações ⁽¹⁰³⁾, da venda a crédito com reserva de propriedade, bem como do contrato de locação financeira restitutiva (*sale and lease back, cession-bail*).

Adaptando a noção legal de locação financeira aos sistemas informáticos, podemos definir a locação financeira de sistema informático como o contrato pelo qual uma das partes, a sociedade de locação financeira, se obriga contra retribuição, a ceder à outra, a empresa, o gozo temporário de um sistema informático, adquirido ou realizado por indicação da empresa, que a poderá comprar, decorrido o período acordado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato (art. 1.º). Vejamos os diversos momentos do contrato de locação financeira.

Primeiro, com vista à realização do sistema informático concebido em função das específicas necessidades de informatização de uma empresa, os seus representantes contactam o ou os fornecedores, acordando os termos do ou dos respectivos contratos. Não celebram, no entanto, qualquer contrato, encontrando-se o fornecedor apenas numa situação de oferta negocial. E daí que actue a empresa por sua conta e risco quando proceda à encomenda do sistema antes da celebração do contrato com a sociedade de *leasing*, a qual, salvo a responsabilidade pré-contratual, não responde por eventuais prejuízos decorrentes da não celebração do contrato de locação financeira (cf. art. 22.º).

Depois, a aquisição do sistema informático nos termos acordados com o ou os fornecedores é proposta (oferta negocial) à sociedade de locação financeira. Trata-se de um pedido de financiamento no qual se encontrarão informações relativas ao sistema informático ⁽¹⁰⁴⁾, bem como à pessoa do futuro utilizador, nomeadamente as suas condições financeiras. Se a sociedade de locação financeira aceitar a proposta ou pedido que lhe é dirigido pela

⁽¹⁰¹⁾ Art. 1022.º do Código Civil.

⁽¹⁰²⁾ Vide, especialmente, o Regime do Arrendamento Urbano (DL 312-B/90, 15.10).

⁽¹⁰³⁾ Art. 934.º do Código Civil.

⁽¹⁰⁴⁾ Por exemplo, qualidades funcionais, características técnicas, preço, condições de instalação, etc.

empresa, as partes celebram um contrato de locação financeira, do qual constam as cláusulas precisando as obrigações recíprocas.

As obrigações principais assumidas pela sociedade de *leasing* são, nomeadamente (art.º 9): (I) adquirir ou mandar realizar o sistema informático que constitui objecto do contrato, celebrando com o ou os fornecedores os respectivos contratos ⁽¹⁰⁵⁾; (II) conceder o gozo do sistema informático à empresa para os fins a que se destina pelo prazo do contrato ⁽¹⁰⁶⁾, embora não responda, em certos termos, pelos vícios do sistema nem pela sua inadequação face aos fins do contrato (cf. art. 12.º); (III) vender o sistema informático à empresa findo o contrato, se esta exercer o seu direito de opção, por um preço que deve corresponder ao valor residual do sistema informático no fim do contrato ⁽¹⁰⁷⁾; etc..

Por seu turno, de acordo com o art. 10.º CLF, a empresa locatária obriga-se, nomeadamente, a: (I) pagar a renda acordada, que deve permitir a amortização do bem locado e cobrir os encargos e a margem de lucro da sociedade de locação financeira ⁽¹⁰⁸⁾; (II) suportar despesas de instalação, reparação e de seguro ⁽¹⁰⁹⁾; (III) não pode ceder a sua posição contratual sem autorização expressa do locador, excepto nos casos legalmente previstos como o trespasse (cf. art. 11.º); (IV) deve restituir o sistema informático findo o contrato, quando não opte pela sua aquisição; etc.

Por outro lado, após o ingresso no gozo da coisa, passa a empresa a deter o sistema informático em termos de um direito pessoal de gozo oponível *erga omnes* ⁽¹¹⁰⁾. A sociedade de locação

⁽¹⁰⁵⁾ Isto parece significar que, no momento da celebração do contrato, estamos perante uma locação e não perante uma promessa bilateral de locação, uma vez que aquela pode ter por objecto bens alheios dada a sua natureza consensual (art. 1034.º Código Civil).

⁽¹⁰⁶⁾ Que deverá corresponder ao período presumível de utilização económica do sistema, por ex., 5 anos (art. 6.º, 2).

⁽¹⁰⁷⁾ A faculdade de opção parece dever entender-se, não como uma promessa unilateral de venda, mas antes como um direito potestativo de opção.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. art. 4.º, 1, consagrando a chamada técnica do “parenting”.

⁽¹⁰⁹⁾ Em especial, o seguro de perecimento ou deterioração do sistema, uma vez que o risco corre por sua conta, bem como o seguro de responsabilidade (art. 14.º).

⁽¹¹⁰⁾ A oponibilidade *erga omnes* do seu direito resultará, por um lado, da regra *emptio non tollit locatum*, e, por outro lado, da extensão objectiva dos meios de tutela possessória (cfr., respectivamente, arts. 11.º, 4, 10.º, b/c, do CLF, e arts. 1057.º, 1037.º, 2, do Código Civil).

financeira poderá, entre outros, transmitir o seu direito e examinar o sistema informático, sem prejuízo da actividade normal da empresa locatária (cf. 9.º, 2-b).

De notar ainda que não obstante ser a sociedade de locação financeira quem adquire o sistema informático, pode a empresa financiada exercer contra o fornecedor ou fornecedores todos os direitos relativos ao sistema (art. 13.º) ⁽¹¹¹⁾. Assim, poderá, nomeadamente, exigir uma indemnização e a resolução do contrato com o fornecedor por vícios ou defeitos da coisa, ou a redução do preço, pedir uma indemnização por mora na entrega, etc. ⁽¹¹²⁾

6.4.1. *Programas de computador e sistemas informáticos*

Alguns autores consideram que os programas de computador, pela sua natureza incorpórea, não poderão constituir objecto de contratos de locação financeira, uma vez que a locação de coisas móveis respeitaria sempre a bens de equipamento. Porém, temos algumas dúvidas em seguir este entendimento. É verdade que o objecto da locação financeira é delimitado em termos de apenas as coisas móveis ou imóveis poderem ser abrangidas. Não obstante, acrescenta que a locação financeira pode ter como objecto quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação. Ora, desde logo, os programas de computador podem ser dados em locação ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ Veja-se, por exemplo, a importância da instalação do programa de teste na realização da entrega e dos títulos de garantia pela empreitada. Cfr. G. von Westphalen, *Leasingvertrag*, p. 542.

⁽¹¹²⁾ Parece tratar-se, não de cessão de créditos ou sub-rogação real, mas antes de um mandato entre a sociedade de locação financeira e o utilizador-locatário, pelo qual este pode celebrar os contratos com os fornecedores, receber a coisa, e controlar o seu cumprimento, podendo pedir redução de preço, indemnização e/ou resolução, etc.

⁽¹¹³⁾ Cfr. art. 4.º, c, da Directiva n.º 91/20/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, e art. 8.º, 2, do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as topografias dos produtos semicondutores. Com efeito, a exploração comercial, que integra o direito exclusivo de protecção das topografias de produtos semicondutores, é definida, em termos de consistir na venda, aluguer, locação financeira ou qualquer outro método de distribuição comercial ou qualquer oferta para esse fim (cfr. Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, art. 5.º, e art. 1.º, 1-c).

Para além desta questão conceitual, como sustentámos já em face do regime anterior, segundo os melhores cânones metodológicos, a interpretação da norma que regula o objecto do contrato de locação financeira é susceptível de permitir a assimilação das exigências colocadas pelo fenómeno do sistema informático, o qual, como vimos, se distingue dos elementos que o compõem, surgindo como um bem autónomo susceptível de constituir objecto de relações jurídicas. Com efeito, apesar de não ser uma simples coisa móvel, pelo menos enquanto coisa corpórea, parece-nos que o sistema informático é susceptível de ser juridicamente enquadrado, em todo o caso, como um bem de equipamento. Depois, ainda que isoladamente considerados, tal como o equipamento informático (o *hardware*) que, em si, não suscita problemas, também, nomeadamente, os programas, apesar da sua natureza imaterial, não deveriam ser excluídos.

Este resultado oferecia-se, em último termo, nos cânones da tradicional interpretação extensiva das normas: se os programas de computador tivessem em 1979 o relevo económico que hoje têm, o legislador não os teria, com toda a probabilidade, querido excluir do âmbito dos contratos de locação financeira. A não ser assim, ou seja, não podendo os programas constituir objecto dos contratos de locação financeira — atento o fundamental papel desempenhado actualmente pela informática, nomeadamente pelos programas de computador, em todos os sectores produtivos da economia —, seria seriamente comprometida a modernização das empresas, afectando a sua competitividade, e, em último termo, o próprio interesse geral, porquanto encontrar-se-iam privadas de recorrer ao financiamento da sua informatização na modalidade de locação financeira. Pelo que nos parecia razoável concluir que não teria sido este o resultado querido pelo legislador ao instituir o regime do contrato de locação financeira em 1979. Por maioria de razão, o mesmo entendimento deverá valer na actualidade. Assim, quer se trate de um sistema informático, quer se trate de *hardware* puro, quer se trate de suportes lógicos, estes bens deverão ser considerados bens de equipamento informático, susceptíveis, enquanto tal, de constituírem objecto dos contratos de locação financeira.

Mais delicada é, porém, a questão de saber se, nos casos em que o *hardware* ou o *software* são apenas objecto de contrato de

locação junto dos fornecedores, poderá tal operação integrar-se no contrato de *leasing*. Parece-nos que quando isoladamente considerados, isto é, quando não se destinem a integrar a aquisição de um sistema informático, a resposta não deverá ser afirmativa, uma vez que se exige para a locação financeira que a sociedade de *leasing* adquira (compre) a coisa (art. 9.º-a), ou seja, o *hardware* ou a cópia do programa. Já, porém, a resposta será diferente se destinadas a locação do *hardware* e/ou do *software* a integrarem um sistema informático que a sociedade de locação adquira. Trata-se, então, da aquisição de um sistema informático, que não se confunde com os elementos em que atomisticamente é susceptível de ser decomposto. A importância prática desta solução traduz-se em a sociedade de locação financeira não necessitar de autorização do titular dos direitos sobre o programa, cuja cópia adquiriu ou locou, para locar o sistema informático à empresa ou utilizador, pois que não é a cópia o objecto da locação financeira, mas antes o sistema informático no seu todo.

No entanto, note-se que, se estiver em causa não a aquisição de um sistema informático mas apenas a aquisição de uma cópia de um programa, já carecerá a sociedade de locação financeira de autorização do titular dos direitos sobre o programa para poder locar a cópia à empresa que procura o financiamento da aquisição apenas dessa cópia, porque o direito de locar as cópias, mesmo quando vendidas, é conservado na esfera do titular dos direitos sobre o programa e nestes casos o programa constitui o objecto essencial da locação. ⁽¹¹⁴⁾

6.5. Seguro do sistema informático

Para terminar estas breves notas sobre o *leasing* de sistema informático, importa referir algo sobre a questão dos seguros. Como vimos, as despesas de seguro com a coisa dada em locação financeira correm por conta da empresa locatária, especialmente

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. art. 4.º, al. c), Directiva Programas de Computador, art. 8.º, 2, DL 252/94; art. 11.º, 1.ª parte, Acordo ADPIC; art. 7.º, Tratado OMPI sobre direito de autor.

no que respeita ao seguro de perecimento ou deterioração do sistema.

O seguro de sistema informático suscita alguns problemas, que interessa analisar. Podemos caracterizar o contrato de seguro como sendo o contrato pelo qual uma pessoa, o segurador, se obriga, em contrapartida do pagamento de uma remuneração, chamada prémio ou cotização, a versar uma determinada indemnização, seja à pessoa, o segurado, que subscreveu o contrato, ou apólice, seja a terceiros por ela designados, no caso de tal acontecimento, futuro e incerto, qualificado de risco, se realizar ⁽¹¹⁵⁾. Em termos de natureza jurídica, tratar-se-á normalmente de um contrato sinalagmático, aleatório, concluído a título oneroso e de execução sucessiva.

Ora, em termos gerais, os contratos de seguro distinguem-se entre seguro de danos (contra prejuízos patrimoniais causados por certos acontecimentos) e seguro de pessoas. No primeiro caso distinguem-se, ainda, entre seguro de coisas e seguro de responsabilidade, consoante indemnizem o segurado (em especial, o titular do sistema informático) pelos prejuízos que sofre directamente no seu património, ou cubram a eventual dívida de responsabilidade que nasça no património do segurado ⁽¹¹⁶⁾.

No âmbito do seguro de coisas são frequentes as apólices muti-riscos, assegurando a cobertura do conjunto de riscos identificados no contrato, ou as apólices “todos os riscos salvo”, assegurando a cobertura de todos os riscos relativos aos bens visados no contrato, excepto os que foram expressamente excluídos. O contrato de seguro informático pode cobrir os prejuízos directos ⁽¹¹⁷⁾ e os prejuízos indirectos ⁽¹¹⁸⁾. Por outro lado, serão excluídos do seguro, entre outros, riscos relativos: ao risco em sentido próprio,

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. G. Brière de l'Isle, *Droit d'assurances*, 1973, p. 13, , apud *Lamy droit informatique*, p. 834.

⁽¹¹⁶⁾ Em especial, neste caso, o produtor e o fornecedor de equipamentos e suportes lógicos, os prestadores de serviços informáticos, etc.

⁽¹¹⁷⁾ Por exemplo, o incêndio de um computador, que importará substituir, ou o apagamento de dados, que importará reconstruir.

⁽¹¹⁸⁾ Por exemplo, perdas de exploração ou despesas suplementares resultantes da avaria ou falha do sistema informático.

como seja o facto danoso; à natureza do bem; ao estatuto jurídico do bem; ao modo como o bem é utilizado ⁽¹¹⁹⁾.

A determinação do risco é especialmente delicada no âmbito dos contratos de seguro de riscos informáticos. Com efeito, ao dano directo junta-se frequentemente o dano indirecto, difícil de discernir e, sobretudo, de avaliar quantitativamente, uma vez que a actividade de uma empresa pode paralisar por força de uma avaria do equipamento ou de falhas dos programas. No entanto, se a quantificação dos riscos levanta sérias dificuldades, já a identificação dos riscos não é de todo impossível, podendo ser distinguidas quatro ordens de riscos susceptíveis de afectarem um sistema informático: naturais ⁽¹²⁰⁾, técnicos ⁽¹²¹⁾, humanos ⁽¹²²⁾, sociais ⁽¹²³⁾. A determinação do valor do prémio dependerá, entre outros, da variabilidade do risco e do montante da indemnização pretendida, onde relevará, nomeadamente, saber se constituem objecto do seguro os danos periféricos resultantes do dano principal ⁽¹²⁴⁾.

§ 7. *Outsourcing* de sistema informático

7.1. *Significado económico-social do outsourcing*

O *outsourcing* caracteriza-se, em termos gerais, pela transferência a terceiro de um sector de actividade de uma empresa, incluindo os seus meios, por um determinado período de tempo e nos termos acordados de preço e padrões de serviço. A consultadoria legal, os sistemas de informação, os transportes, as funções financeiras (por

⁽¹¹⁹⁾ Assim, serão excluídos, por exemplo, acontecimentos não incertos, como o desgaste do sistema resultante da sua exploração, danos causados por acção culposa, intencional ou dolosa, do segurador, danos provenientes de guerra, etc.

⁽¹²⁰⁾ Por exemplo, tremor de terra, inundação, etc.

⁽¹²¹⁾ Por exemplo, avaria do equipamento, erros de programação, etc.

⁽¹²²⁾ Por exemplo, doença dos trabalhadores, acidentes diversos, etc.

⁽¹²³⁾ Por exemplo, instalação defeituosa dos equipamentos, “infeção” dolosa dos programas com vírus, perda ou roubo de documentos, etc.

⁽¹²⁴⁾ Por exemplo, os danos sofridos com a paralisação da empresa por causa da avaria do sistema informático.

ex., o *factoring* ⁽¹²⁵⁾), a produção, o *marketing* e os recursos humanos, estes são exemplos de tarefas que constituem crescentemente objecto de *outsourcing*, juntando-se a outras actividades como os serviços de segurança, de limpeza ou de *catering*.

Este fenómeno é informado por um princípio estratégico muito importante na actual gestão empresarial. Princípio este que resulta da crescente *especialização do processo económico* e da complexa *interdependência das relações de produção*, impondo a máxima do recurso sempre que possível a fornecedor externo para o desempenho de funções não directamente relacionadas com o núcleo central ou essencial da empresa (*core business*). Por outro lado, o *outsourcing* traduz-se numa prática contratual de grande importância económica. O mercado europeu dos serviços de *outsourcing* cresce actualmente na ordem dos 15% a 20 % por ano, atingindo já um volume de negócios de aproximadamente 10 biliões de euros. Este crescimento do *outsourcing* é acompanhado pelo fenómeno da concentração das empresas que prestam este tipo de serviços.

São várias as razões que podem justificar o recurso ao *outsourcing* ⁽¹²⁶⁾. Na realidade, o *outsourcing* constitui actualmente uma importante ferramenta de gestão empresarial, em razão das vantagens que oferece. Para começar, permite a *concentração de recursos* nas funções essenciais da empresa. Além disso, permite-lhe ter *acesso a tecnologia especializada* de nível mundial e a outros recursos não disponíveis internamente, com especial interesse para a optimização de funções difíceis de gerir ou fora de controlo. Depois, o *outsourcing* torna possível a *redução de custos*

⁽¹²⁵⁾ O contrato financeiro de *factoring* parece ser uma modalidade de *outsourcing*, como resulta da sua caracterização como o contrato pelo qual uma das partes, o factor ou sociedade de *factoring*, se obriga, mediante retribuição, a gerir certos créditos da outra parte, o aderente, garantindo a cobrança dos créditos na data do seu vencimento e/ou o seu pagamento antecipado. Entre nós, o Decreto-Lei n.º 176/95, de 17 de Julho, ao definir a actividade de *factoring* ou cessão financeira como a aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou de prestação de serviços nos mercados interno e externo (art. 2.º, 1), acentuou a natureza especial do serviço financeiro em que o *factoring* se traduz. Cfr. Carolina V. Cunha, *O Contrato de factoring*, in A. Pinto Monteiro, *Direito Comercial* (textos de apoio ao Curso sobre Contratos Comerciais no ano lectivo de 1995/1996), Coimbra, 1996.

⁽¹²⁶⁾ A que se chama também *Facilities Management*.

operacionais e a libertação de recursos para outros fins, sendo de destacar a *disponibilização de recursos financeiros* para o investimento em capital fixo relativamente a áreas nucleares da empresa. Através do *outsourcing* dá-se, ainda, uma *repartição de riscos* no que toca a essas actividades (mercados, legislação, finanças, tecnologia). Por último, o *outsourcing* representa um *meio de injeção de capital* na empresa através da transferência dos meios afectados ao exercício da actividade em causa. Nessa medida, o *outsourcing* surge como um meio de financiamento.

7.2. Caracterização do *outsourcing* informático e distinção de figuras afins

Em termos gerais, o contrato de *outsourcing* informático caracteriza-se por ser o contrato pelo qual uma parte confia a uma empresa especializada no domínio da informática a gestão e exploração dos seus serviços informáticos. Também aqui as empresas recorrem ao *outsourcing* por diversas razões estratégicas de optimização dos seus serviços informáticos, visando a redução dos custos, a diminuição dos problemas de gestão, bem como a preocupação de melhorar a qualidade dos seus serviços, concentrando a sua atenção nas suas actividades principais (*core business*).⁽¹²⁷⁾

O contrato de *outsourcing* informático insere-se no âmbito dos chamados contratos informáticos, podendo ser definido como o contrato pelo qual uma parte, a empresa de *outsourcing*, se obriga a gerir e explorar, em seu nome e por conta própria, o sistema informático específico de um determinado cliente, mediante retribuição.

Distingue-se de algumas figuras próximas, como os contratos de *back up* e de gestão de sistema, e, ainda, de outros contratos de prestação de serviços informáticos, como sejam, nomeadamente, o contrato de *time-sharing* e o contrato de *services-bureau*. Primeiro, no contrato de *back-up* o fornecedor de um sistema informático obriga-se a colocar à disposição de um cliente, que sofreu um aci-

⁽¹²⁷⁾ Cfr. Yates, CL&P 1993, p. 104. Veja-se também, por exemplo, Kresse, ZUM, 1994, p. 385.

dente no seu sistema informático, por um período determinado, um sistema de substituição de configuração equivalente a fim de que o utilizador possa realizar actividades de processamento informático cuja ausência lhe causaria prejuízos consideráveis. Segundo, no contrato de *gestão de sistema informático*, uma parte obriga-se a gerir o sistema informático de outra parte, o cliente, em nome e por conta deste, que não abdica do domínio de exploração. Terceiro, o contrato de “*time-sharing*” é o contrato pelo qual uma parte autoriza a outra a fazer uso, não exclusivo, de uma central de programas e de unidades de dispositivos de processamento mais poderosos e performativos que os seus, através de um terminal. Quarto, por último, o contrato de *services bureau* caracteriza-se por uma das partes se obrigar a prestar serviços *standard* ou padronizados de exploração do sistema informático da outra parte, não os adaptando às necessidades específicas do cliente.

A negociação de um contrato de *outsourcing* de sistemas informáticos exige, normalmente, elevados recursos de tempo e pessoal. Assim, por exemplo, os contratos entre a “Inland Revenue” e a “EDS” e entre a “British Aerospace” e a “CSC” tomaram cerca de um ano de negociação e implicaram em conjunto a transferência de cerca de 2.500 membros do pessoal ⁽¹²⁸⁾.

7.3. Finalidades e conteúdo do outsourcing informático

Uma vez feita a caracterização geral do *outsourcing* e operada a sua distinção de outras figuras próximas, interessa analisar seguidamente o conteúdo dos acordos de *outsourcing* informático ⁽¹²⁹⁾. Trata-se um contrato de *geometria variável*, cujo conteúdo difere em função da situação particular de cada cliente e dos objectivos específicos por si prosseguidos. Nomeadamente: *a)* pode destinar-se a transferir a exploração de um sistema informático em “fim de vida” para permitir à equipa informática do seu cliente concentrar a sua actividade na instalação de um novo sistema informático; *b)* pode ter por finalidade a reestruturação do sistema informático que é transferido à empresa de *outsourcing*; *c)* pode tratar-se de um

⁽¹²⁸⁾ Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 142.

novo sistema informático que é à partida transferido, para fins de gestão e exploração, a essa empresa.

A determinação das tarefas confiadas às empresas de *outsourcing*, e o modo da sua execução, bem como a especificação dos meios que lhe são transferidos, são normalmente previstos em termos minuciosos.

Em primeiro lugar, o contrato descreve o sistema informático do cliente que é transferido à empresa, quer em termos dos meios transferidos (equipamentos, suportes lógicos, etc.), quer em termos da funcionalidade de exploração obtida e esperada. A transferência de meios é normalmente objecto de um acordo separado (“Sale Agreement”), embora seja celebrado ao mesmo tempo que o acordo de serviços (“Services Agreement”) ⁽¹³⁰⁾. Porém, os clientes nem sempre dispõem de documentos que descrevem exhaustivamente o funcionamento do seu sistema. Pelo que a empresa, no quadro das relações pré-contratuais, elabora, em estreita colaboração e cooperação com o cliente, um caderno de encargos, um inventário, no qual diagnostica, mediante auditores, os meios, e respectiva funcionalidade, que lhe são transferidos. Esse caderno de encargos, inventário ou convenção de serviço, cuja elaboração pode ser bastante morosa, é anexado ao contrato de *outsourcing* informático.

Além disso, o contrato contém uma multiplicidade de informações relativamente às suas modalidades de cumprimento. Quanto aos equipamentos e aos programas que permitem a realização das prestações, são descritos os meios que serão transferidos à empresa, prevendo-se quem será o proprietário, quem suportará os riscos de destruição, de roubo ou de furto e os respectivos encargos de seguro, bem como quem assegurará a manutenção do sistema. Os termos das licenças de utilização dos programas poderão levantar problemas à transmissão. Com efeito, estas licenças poderão conter cláusulas que não permitem a cessão a terceiros ⁽¹³¹⁾. Note-se, porém, que, o *outsourcing* informático não tem por

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 9-10.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 143.

⁽¹³¹⁾ Veja-se, com referência à decisão *Computer Associates*, Yates, CL&P 1994, p. 9. Veja-se, também, Braunschweig, CR 1994, p. 193.

objecto apenas programas de computador, mas antes o próprio sistema informático como um todo unitário, juntamente, em princípio, com a universalidade de recursos que lhe estão afectados, incluindo os recursos humanos. Pelo que não serão os programas de computador objecto essencial destes contratos, sendo excluída, por isso, nos termos referidos, a aplicação do direito de locação. ⁽¹³²⁾

Depois, no que respeita à segurança do sistema informático, são estipulados os meios de segurança pretendidos, tanto no que respeita à segurança física como à confidencialidade dos documentos e das informações processadas. Além disso, poderá ser prevista a manutenção de uma solução de *back-up*. Para a determinação do local da exploração, o contrato deverá precisar se os serviços serão prestados nas instalações do cliente ou nas instalações da empresa de *outsourcing*. Neste último caso, torna-se necessário prever, ainda, as condições de prestação de serviços a concorrentes, bem como se a empresa de *outsourcing* pode mudar o seu local e quais serão as consequências sobre as prestações realizadas, o preço e as despesas daí resultantes.

Relativamente aos resultados ou desempenhos, em termos gerais, a empresa poderá assegurar uma exploração pelo menos tão eficiente como a existente antes da transferência e constatada aquando da elaboração do relatório de auditores. Mas a empresa de *outsourcing* poderá obrigar-se a melhorar os desempenhos, optimi-

⁽¹³²⁾ Cfr. art. 11.º, 1.ª parte, Acordo ADPIC; art. 7.º, Tratado OMPI sobre direito de autor; art. 4.º, al. c), Directiva Programas de Computador, art. 8.º, 2, DL 252/94. Relativamente às bases de dados e ficheiros processados pela empresa de *outsourcing*, em princípio, deverão continuar a pertencer ao cliente, que responderá pela sua licitude. Sobre a questão da propriedade das bases de dados electrónicas, veja-se a Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados, cuja transposição foi finalmente autorizada (Lei n.º 1/2000 de 16 de Março). Sobre a licitude dessas bases em face da tutela de dados pessoais, veja-se a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, que transpõe a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados), e o regime do tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpõe a Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações).

zando o sistema informático do cliente. Em especial, o contrato deverá indicar quais serão as obrigações da empresa em termos de respeito pelas datas de realização das prestações ⁽¹³³⁾, o período de resposta, a disponibilidade do sistema e a qualidade do serviço.

Por último, o preço é normalmente estipulado em função da natureza das diferentes prestações efectuadas e dos volumes de informação processada ⁽¹³⁴⁾, no quadro de um *plafond* fixado, que permite ao cliente orçamentar e controlar as suas despesas informáticas. É ainda importante precisar quais as despesas efectuadas pela empresa que são facturáveis em seguida no preço a pagar pelo cliente, bem como as modalidades de facturação de eventuais prestações complementares.

Em segundo lugar, o contrato de *outsourcing* informático deverá conter estipulações relativas à duração e às consequências do termo da relação contratual. A duração destes contratos é normalmente prolongada por diversos anos para que a empresa possa amortizar as despesas de instalação e de transferência da exploração ⁽¹³⁵⁾. Para além de estipulações clássicas que se encontram habitualmente apostas nos contratos de execução sucessiva ⁽¹³⁶⁾, o contrato de *outsourcing* informático deverá conter, ainda, um número de disposições destinadas a, por um lado, evitar que a actividade informática do cliente não se encontre paralisada durante a execução do contrato, e, por outro, a assegurar a independência do cliente.

Trata-se da *dinâmica evolutiva* e da *reversibilidade* destes acordos ⁽¹³⁷⁾. A *dinâmica evolutiva* significa que se trata de um “contrato-quadro”, sendo assegurada através de cláusulas que prevêm o modo como poderão as prestações evoluir em função das necessidades do cliente durante o cumprimento do contrato, quer em termos funcionais, quer em termos técnicos, podendo resultar de iniciativas do cliente ou da empresa. Em ambos os casos, o con-

⁽¹³³⁾ Podendo prever cláusulas penais pela mora.

⁽¹³⁴⁾ As chamadas “unidades de serviço”.

⁽¹³⁵⁾ Em regra, pelo menos três anos.

⁽¹³⁶⁾ Por exemplo, fixação de um período de duração determinada, cláusula de resolução com justa causa em caso de incumprimento de uma das partes, faculdade de resolução antecipada a favor do cliente mediante indemnização à outra parte, etc.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 11.

trato poderá prever um acordo concertado entre as partes e prever quais serão as consequências financeiras ⁽¹³⁸⁾. Por seu turno, a *reversibilidade* consiste em permitir ao cliente no termo do contrato recuperar a exploração do seu sistema informático e de o transferir a uma outra empresa de *outsourcing*. Uma tal faculdade supõe que o contrato: (I) define as obrigações de cooperação e de assistência da empresa no fim do contrato; (II) fixa as modalidades de transferência dos meios necessários à retoma da exploração do sistema informático ⁽¹³⁹⁾.

7.4. *Questões de direito laboral*

Os contratos de *outsourcing* de sistema informático suscitam diversos problemas jurídicos. Especial relevo assumem as questões de direito laboral. Com efeito, na medida em que prevê frequentemente a transferência à empresa de *outsourcing* de todo ou parte do pessoal afectado ao serviço informático do cliente, o contrato de *outsourcing* informático coloca diferentes questões de direito do trabalho relativas ao destino do pessoal afectado ao serviço informático do cliente, cuja transferência integra o objecto do contrato ⁽¹⁴⁰⁾.

Assim, certos aspectos de regime deverão ser tidos em conta, nomeadamente, no que respeita às obrigações das partes do contrato em face das suas instituições representativas dos trabalhadores e às precauções a ter em matéria de regulamentação da cedência ocasional de trabalhadores ⁽¹⁴¹⁾. Os trabalhadores do cliente

⁽¹³⁸⁾ Assim, por exemplo, se uma nova configuração material for instalada, o contrato deverá permitir determinar, designadamente, quem será o adquirente da nova configuração, se o encargo financeiro será repercutido sobre o preço das prestações, e se o cliente poderá recuperar esta configuração no fim do contrato. Por outro lado, se a iniciativa da evolução pertencer ao cliente e as prestações evolutivas não forem realizadas pela empresa, torna-se de todo o modo conveniente envolver a empresa no processo de desenvolvimento, na medida em que ela será responsável pela sua exploração; responsabilidade que essa lhe deverá permitir, desde logo, participar na sua recepção técnica.

⁽¹³⁹⁾ Por exemplo, retoma da configuração material e suportes lógicos, recuperação dos ficheiros informáticos, retoma do pessoal, etc.

⁽¹⁴⁰⁾ Veja-se, no direito alemão, Ingensfeld, CR 1993, p. 288, p. 368.

⁽¹⁴¹⁾ Vide arts 26.º *et seq.* do Regime de Trabalho Temporário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, alterado pela Lei n.º 39/96, de 31 de Agosto, e

poderão ser necessários à exploração do sistema informático que constitui objecto da operação de *outsourcing*, a qual envolverá, em regra, a transferência total ou parcial deste pessoal à empresa de *outsourcing*.

Deveremos distinguir consoante se trate de *transferência imposta por lei ou consentida pelas partes*. Na verdade, se o serviço informático do cliente puder ser qualificado como estabelecimento ⁽¹⁴²⁾, então o contrato de *outsourcing*, na medida em que implique a cessão da sua exploração, acarretará a transmissão à empresa de todos os contratos de trabalho relativos aos trabalhadores afectados pelo cliente ao serviço informático que constitui objecto do contrato de *outsourcing* ⁽¹⁴³⁾. Trata-se de uma norma que prescreve que os contratos de trabalho continuam a cumprir-se nos mesmos termos. Por um lado, os trabalhadores conservam o conjunto de condições de trabalho de que beneficiavam no seio da empresa cliente, nomeadamente no que respeita às suas remunerações, antiguidade, categoria, posição hierárquica, grau de responsabilidade e, em geral, o conjunto de vantagens de que beneficiavam a título individual. Por seu turno, a empresa de *outsourcing* é investida no exercício de todas as prerrogativas exercidas pelo empregador em face dos trabalhadores ⁽¹⁴⁴⁾, podendo propor aos trabalhadores modificações aos seus contratos de trabalho.

Porém, para que o referido art. 37.º possa ser aplicável é necessário que o serviço informático cedido pelo cliente à empresa de *outsourcing* constitua um estabelecimento. Para o efeito, parece-nos adequado o critério da *entidade económica autó-*

pela Lei n.º 146/99, de 1 de Setembro. Ver também o art. 4.º, 1-b, do novo regime geral das contra-ordenações laborais aprovado pela Lei n.º 116/99, de 4 de Agosto.

⁽¹⁴²⁾ Para a caracterização dogmática desta figura, com acervo doutrinal e jurisprudencial de referências, J. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, I, reimp., Coimbra 1999, p. 190 s.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. art. 37.º do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24.11.69. Em termos idênticos, *vide* o art. 1.º da Directiva n.º 77/187/CEE, do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à conservação dos direitos dos trabalhadores em caso de transmissões de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos; norma esta que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias interpretou no sentido de entrarem no seu âmbito de aplicação relações contratuais equivalentes aos contratos de *outsourcing* (cfr. TJCE, Proc. C-392/91, *Christel v. Spar- und Leihkasse*, Rec. 1994, I, p. 1311-1327).

⁽¹⁴⁴⁾ Por exemplo, o poder disciplinar.

noma.⁽¹⁴⁵⁾ Trata-se de um critério que deverá ser moldado segundo as especiais circunstâncias de cada caso concreto, indicando-se como tópicos susceptíveis de indicarem a existência de uma entidade económica autónoma: 1.º a existência de uma organização de estruturas ou factores produtivos⁽¹⁴⁶⁾; 2.º organização essa que deverá ter um determinado nível de consistência e de autonomia⁽¹⁴⁷⁾. Saber se o contrato de *outsourcing* importa a transmissão de uma entidade económica autónoma é algo que só se poderá apurar em cada caso concreto. Pelo que estes “índices semióticos” serão de considerar⁽¹⁴⁸⁾. Em especial devem as partes no quadro do diagnóstico pré-contratual definir com minúcia no caderno de encargos a actividade que constitui objecto do contrato de *outsourcing*, sublinhando os elementos susceptíveis de permitir a caracterização da autonomia económica dessa entidade. E, caso se possa responder pela afirmativa, isto é, se for de concluir que o serviço informático que constitui objecto da operação de *outsourcing* é assimilável ao estabelecimento, então o referido art. 37.º será de aplicar com as consequências que vimos.⁽¹⁴⁹⁾ Por outro lado, a entidade empregadora deverá comunicar por escrito aos trabalhadores, *inter alia*, a identidade das partes.⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 12 (com referência à jurisprudência da *Cour de cassation* relativa ao art. 122-12 do Código do Trabalho).

⁽¹⁴⁶⁾ Por exemplo, a existência de um material afectado à actividade desenvolvida e de elementos de exploração específicos, a prossecução de uma actividade nos mesmos locais, a afectação de um pessoal específico à actividade, as disposições expressas do contrato relativas à cessão dessa actividade.

⁽¹⁴⁷⁾ Apurado, por exemplo, através da existência de uma equipa, dotada de uma organização própria e de uma hierarquia autónoma, com poderes de decisão, e com autonomia financeira.

⁽¹⁴⁸⁾ No direito inglês consideram-se aplicáveis geralmente aos “departamentos de tecnologias de informação” (“IT departments”) as “Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981”. Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 144. Veja-se também, para o direito alemão, Ingensfeld, CR 1993, p. 290.

⁽¹⁴⁹⁾ De igual modo, se for de qualificar a transmissão do serviço informático do cliente como trespasses de estabelecimento, então não carecerá de consentimento do senhorio a cessão da posição contratual do arrendamento do prédio em que funcione a exploração do sistema. Tal resulta do art. 115.º do Regime do Arrendamento Urbano, devendo a empresa beneficiária de *outsourcing* comunicar a cessão da posição contratual ao senhorio, nos termos do art. 1038.º Código Civil.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. arts. 3.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 5/94, de 11 de Janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/533/CEE, do Conselho, de 14 de Outu-

Para terminar, caso a actividade confiada à empresa de *outsourcing* não constitua uma entidade económica autónoma, e nessa medida não se aplique aquele regime, então fica aberta às partes a modalidade de transferência por consentimento. Neste caso, será necessário um acordo entre a empresa de *outsourcing* e cada trabalhador cuja transferência é pretendida, no sentido da sua demissão da empresa cliente e da celebração de um novo contrato de trabalho com a empresa de *outsourcing*. As partes são então livres de negociar os termos e as condições do contrato de trabalho ⁽¹⁵¹⁾.

§ 8. Apontamento conclusivo

Os sistemas informáticos desempenham um papel de crescente importância na economia da *praxis* jurídico-contratual, constituindo objecto de diversas figuras contratuais, nomeadamente os acordos de “chaves na mão” (*turn-key*) e de “externalização” (*outsourcing*). Tratámos de alguns aspectos jurídicos destas figuras, sem pretender propor uma ordenação definitiva dos contratos de sistema informático no quadro jurídico-dogmático.

Para começar, analisámos os chamados contratos de sistema informático “chaves na mão” e abordámos alguns problemas que se suscitam em operações de locação financeira que têm sistemas informáticos por objecto, incluindo a questão do seguro informático. Propusemos, neste domínio, uma caracterização jurídica dos sistemas informáticos que superasse a mera atomização dos elementos que o compõem, destacando especialmente o seu valor de organização funcional. A importância prática desta elaboração traduz-se, nomeadamente, em não considerar que os programas de computador que integram o sistema informático constituam o

bro, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho.

⁽¹⁵¹⁾ Embora, em regra, os trabalhadores da empresa cliente não aceitem a transferência senão em função de vantagens que a empresa de *outsourcing* lhes ofereça, nomeadamente retomando as condições do contrato inicial, em especial, ao nível das remunerações e da antiguidade. Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 12; veja-se também Yates, CL&P 1994, p. 145; Ingensfeld, CR 1993, p. 369.

objecto essencial do contrato, nos termos previstos pelo Acordo ADPIC (1994) e pelo Tratado OMPI (1996).

Depois, tratámos o *outsourcing* de sistemas electrónicos de informação, distinguindo-o de certas figuras próximas, como sejam alguns contratos de serviços informáticos. O *outsourcing* (também conhecido por *facilities management*) está ao serviço de um princípio estratégico da actual gestão empresarial, nos termos do qual dever-se-á optar sempre que possível a recurso externo para o desempenho de funções não directamente relacionadas com o núcleo central ou essencial da empresa (*core business*). Concentração de recursos nas funções essenciais da empresa, acesso a tecnologia especializada, disponibilização ou obtenção de recursos financeiros, eis alguns exemplos das funções desempenhadas pelo *outsourcing* e que presidem à configuração jurídica desta série de contratos formada com base na liberdade contratual.

Feita esta caracterização geral, considerámos depois os acordos de *outsourcing* informático propriamente ditos, destacando a importância da definição minuciosa do sistema cedido logo no caderno de encargos e analisando, por outro lado, cláusulas relativas, nomeadamente, à segurança dos sistemas, ao local de exploração, aos resultados esperados (qualidade, prazos), ao preço de serviço e à facturação pelo cliente. Tratámos, ainda, das estipulações relativas à duração e às consequências no termo da relação contratual, particularmente no que respeita às condições de recuperação do sistema informático pelo cliente. Para terminar, considerámos alguns problemas jurídicos específicos do *outsourcing*, mormente no que respeita a questões de direito laboral. Com efeito, é frequente estes acordos preverem a transferência à empresa de *outsourcing* de todo ou parte do pessoal afectado ao serviço informático do cliente. Para além do problema da cedência ocasional de trabalhadores, referimos que essa transferência poderá resultar da própria lei quando o serviço do sistema informático do cliente for assimilável à noção de estabelecimento. A este respeito considerámos, de modo especial, o critério da existência de uma entidade económica autónoma. No caso inverso, isto é, se a transferência não for imposta pela lei, fica aberta às partes a modalidade de transferência por consentimento.

III. Comunicações Electrónicas

§ 9. Contratos electrónicos

9.1. *Acordos EDI (Electronic Data Interchange)*

Os sistemas informáticos podem ser também um meio de negociação e celebração de contratos. Pense-se, desde logo, no EDI⁽¹⁵²⁾, que consiste no intercâmbio electrónico de dados, isto é, na troca electrónica, de computador a computador, de dados estruturados e organizados em mensagens normalizadas. O EDI permite emitir e receber por via electrónica dados organizados sob a forma de mensagens normalizadas (o chamado “documento electrónico”), tendo como objectivo principal permitir a interacção de sistemas informáticos heterogéneos através de redes de telecomunicações. Este sistema de comunicação electrónica generalizou-se no domínio das relações comerciais entre empresas, apresentando diversas vantagens em termos de custos e de tempo, com o chamado “paperless trade” e o “just in time”, através de sistemas de negociação automatizada.

No entanto, o EDI, enquanto meio de comunicação da declaração negocial, coloca diversos problemas no domínio da segurança do comércio jurídico, como sejam a forma da declaração electrónica, a identificação do declarante, a autenticidade e o valor probatório do documento electrónico. Em ordem a resolver estas questões é de destacar a elaboração sob a égide das Nações Unidas de uma linguagem normalizada de aplicação universal, denominada *Edifact*⁽¹⁵³⁾, usualmente convencionada pelas partes nos acordos

(152) *Electronic Data Interchange*. Sobre o documento electrónico na negociação EDI veja-se M. Pupo Correia/J. Mariano, *Introdução à problemática jurídica do EDI*, 2 ed., Lisboa, 1991; M. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, Lisboa, 1996, p. 123 s.; M. Pupo Correia, *Comércio electrónico: forma e segurança, in As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 223 s. No direito comparado poderá ver-se, nomeadamente, Syx, DIT 3/1986, p. 133; V. Franceschelli, GI 1988, p. 314; Amory/Schauss, Giannantonio, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1395, p. 1361, respectivamente; Fritzmeier/Heun, CR 1992, p. 129, p. 198; Xueref/Brouss, DIT 1/1992, p. 6; Mynard, DIT 4/1992, p. 15; Caprioli, DIT 3/1993, p. 5, DIT 1/1994, p. 14; Kilian, CR 1994, p. 657; Finocchiaro, CI 1994, p. 432; Walden, CR 1994, p. 1.

(153) *Electronic Data Interchange for Administration, Trade and Commerce (UN/ECE/WP.4)*. A linguagem *Edifact* compõe-se de um glossário de termos composto por três índices (ISO 7372) e por uma sintaxe padrão (ISO 9735).

EDI. São de destacar, ainda, as regras de conduta uniformes para a entretroca de dados comerciais por teletransmissão (Regras UNCID), elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional, datadas de 22 de Setembro de 1987, as quais, embora de carácter facultativo e apenas aplicáveis à troca de dados e não ao conteúdo das mensagens transmitidas, forneceram uma base jurídica contratual para as partes de um acordo EDI ⁽¹⁵⁴⁾. Além disso, é de referir ainda o instrumento EDITERMS, que para alguns autores revestiria natureza de *lex informatica mercatoria*.

9.2. Comércio Electrónico na Internet

O crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio electrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI ⁽¹⁵⁵⁾. Em vista disso, desenvolveram-se esforços internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio electrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Depois deste texto pioneiro, vários modelos de acordos de EDI foram elaborados em todo o mundo por instâncias representativas dos meios utilizadores deste processo de comunicação informática. Veja-se, exemplificativamente: UK EDI Association; American Bar Association; Contrat Ciredit, França; Acordo Sitprosa, África do Sul; Acordo Eddic, Canadá — todos de 1990). Os diferentes modelos revestem diversas esferas de aplicação, sejam sectoriais (por exemplo, no sector aduaneiro ou no sector da indústria automóvel na Europa), sejam territoriais (por exemplo, o modelo TEDIS elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias; e, na Alemanha, o EDI-Rahmenvertrag).

⁽¹⁵⁵⁾ Sobre esta matéria veja-se, nomeadamente, Zagami, DII 1996, p. 151; Finocchiari, CI 1998, p. 956; Schumacher, CR 1998, p. 758; Caprioli, JCP 1998, p. 583; Rossnagel, NJW 1999, p. 1591; Symposium, JC&IL 1999, p. 721.

⁽¹⁵⁶⁾ Estes desenvolvimentos legais apoiaram-se no quadro de segurança tecnológica oferecido pelas tecnologias robustas. Trata-se das tecnologias de cifragem e de estenografia na produção de assinaturas digitais e envelopes criptográficos, com função de autenticidade, integridade e confidencialidade dos dados electronicamente transmitidos. Sobre as tecnologias robustas poderá ver-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, cit., p. 18 s. Para mais desenvolvimentos, veja-se a Comunicação da Comissão *Garantir a confiança e a segurança nas comunicações electrónicas*, COM(97) 503 final. Veja-se também o *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce* (1996), e o Livro Verde da Comissão, *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação – para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, COM(97) 623 final.

Assim, em ordem a promover o comércio electrónico, alguns países reconheceram a validade do documento electrónico e da assinatura digital, no sistema de assinatura de chave pública ⁽¹⁵⁷⁾. No plano internacional, foi aprovada nas Nações Unidas a Lei Modelo sobre Comércio Electrónico em Dezembro de 1996 ⁽¹⁵⁸⁾. Mais recentemente, a nível comunitário, foi adoptada a Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas ⁽¹⁵⁹⁾.

Entre nós, a necessidade de definição do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e assinatura digital foi apontada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal ⁽¹⁶⁰⁾ e retomada no diploma que criou a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico ⁽¹⁶¹⁾, bem como no respectivo Documento Orientador ⁽¹⁶²⁾. Entretanto, tinha sido já adoptada uma medida conducente ao reconhecimento do valor jurídico da correspondência da Administração trocada por via electrónica ⁽¹⁶³⁾. Mas, antes

⁽¹⁵⁷⁾ Veja-se, especialmente, a UTAH *Digital Signature Act* (1996), em Itália a L. n.º 59-97, art. 15, 2 (11.3.1997), na Alemanha a *Signaturverordnung - SigV* (Art. 11 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*, 1.8.1997). Para mais referências veja-se M. Lopes Rocha / Marta F. Rodrigues, Miguel A. Andrade / M. Pupo Correia / Henrique Carreiro, *As Leis do Comércio Electrónico: Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica anotado e comentado*, Lisboa, p. 247 s.

⁽¹⁵⁸⁾ Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 (with additional article 5 bis as adopted in 1998).

⁽¹⁵⁹⁾ Directiva 1993/93/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro comum para as assinaturas electrónicas. Esta Directiva constava da agenda traçada no documento *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157, 15/04/97.

⁽¹⁶⁰⁾ Veja-se o Ponto 9 do documento pioneiro da Missão para a Sociedade da Informação (MSI), Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, 1997. Para uma abordagem geral destas questões, poderá ver-se, por exemplo: COMISSÃO EUROPEIA, *A Via Europeia para a Sociedade da Informação*, 1994; Forester, *The Information Technology Revolution*, Oxford, 1990; Katsch, *Law in a Digital World*, New York/Oxford, 1995; idem, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford, 1989; Negroponete, *Being Digital*, New York, 1995; Tapscott, *Economia Digital*, São Paulo, 1997; Tinnfeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden, 1995.

⁽¹⁶¹⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro.

⁽¹⁶²⁾ Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99.

⁽¹⁶³⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98 (que determina a existência de um endereço de correio electrónico nos serviços e organismos integrados na administração directa e indirecta do Estado e regula o valor a atribuir à correspondência transmitida por via electrónica).

mesmo da Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas, foi adoptado entre nós o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais ⁽¹⁶⁴⁾, seguido da equiparação entre a factura emitida em suporte papel e a factura electrónica ⁽¹⁶⁵⁾.

Em termos muito breves, o nosso diploma veio regular não apenas o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais, mas também confiar o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade a designar, definindo os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, é de referir que, de acordo com a orientação comunitária então em discussão, o regime não sujeitou a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas digitais, embora tenha previsto um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança.

9.3. Documento electrónico e assinatura digital

Analisemos sumariamente este regime no que respeita à forma e força probatória do documento electrónico (art. 3.º) e à sua comunicação (art. 6.º), bem como à validade da assinatura digital (art. 7.º e 8.º).

Nos termos do regime aprovado, o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita. Porém,

⁽¹⁶⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. Em Macau foi adoptado o Decreto-lei n.º 64/99/M, de 25 de Outubro, que regula aspectos gerais no domínio do comércio electrónico.

⁽¹⁶⁵⁾ Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro. Sobre estes diplomas veja-se M. Lopes Rocha / Marta F. Rodrigues, Miguel A. Andrade / M. Pupo Correia / Henrique Carreiro, *As Leis do Comércio Electrónico: Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica anotado e comentado*, Lisboa; M. Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura digital: perspectiva da nova lei*, www.digital-forum.net. Veja-se também sobre os trabalhos preparatórios do diploma da factura electrónica, M. Lopes Rocha, *A factura electrónica: uma reforma necessária?*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 275 s.

se lhe tiver sido aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste Regime, o documento electrónico cujo conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil. Isso significa que faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento ⁽¹⁶⁶⁾. Porém, se não obstante a aposição daquela assinatura, o conteúdo do documento electrónico não for susceptível de representação como declaração escrita, então terá o valor probatório previsto no art. 366.º do Código Civil, isto é, fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão.

Além disso, este regime não obsta à utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos electrónicos, incluindo a assinatura electrónica não conforme com os requisitos previstos no diploma, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento. Esta norma, porém, deve ser conjugada com o disposto no número seguinte, nos termos do qual o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de direito. Ou seja, a validade daquela convenção quanto ao valor probatório do documento sem assinatura digital certificada por entidade devidamente credenciada será, afinal, aferida segundo os termos gerais de direito. Será de considerar, a este propósito, o disposto no art. 373.º do Código Civil, nos termos do qual nos títulos emitidos em grande número ou nos demais casos em que o uso o admita, pode a assinatura ser substituída por simples reprodução mecânica, no que respeita aos documentos particulares.

⁽¹⁶⁶⁾ O Código Civil prevê ainda, nomeadamente, que se o documento tiver vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento (art. 376.º-3).

Além do mais, é de considerar particularmente o regime das comunicações de documentos electrónicos. A norma de base é a que dispõe que o documento electrónico comunicado por um meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço electrónico definido por acordo das partes e neste for recebido, sendo oponíveis entre as partes e a terceiros a data e a hora da criação, da expedição ou da recepção de um documento electrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora.

Depois, são estabelecidas formas de equiparação à remissão por via postal registada e com aviso de recepção. Com efeito, por um lado, a comunicação do documento electrónico, assinado de acordo com os requisitos do presente diploma, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada e, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário com assinatura digital e recebida pelo remetente, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção. Para o efeito, os dados e documentos comunicados por meio de telecomunicações consideram-se em poder do remetente até à recepção pelo destinatário.

No que toca à assinatura digital, vale a regra de que a aposição de uma assinatura digital a um documento electrónico ou a uma cópia deste equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular, criando a presunção de que: a pessoa que após a assinatura digital é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa colectiva titular da assinatura digital (1); a assinatura digital foi aposta com a intenção de assinar o documento electrónico (2); o documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura digital, sempre que seja utilizada para verificação uma chave pública contida em certificado válido emitido por entidade certificadora credenciada nos termos do regime aprovado (3).

Porém, a assinatura digital deve referir-se inequivocamente a uma só pessoa singular ou colectiva e ao documento ao qual é aposta. Além disso, para a aposição de assinatura digital deve utilizar-se uma chave privada cuja correspondente chave pública

conste de certificado válido, emitido por entidade certificadora, credenciada nos termos do regime aprovado, e que, na data da aposição da assinatura digital, não se encontre suspenso ou revogado por decisão da entidade certificadora, e cujo prazo de validade não tenha terminado. Assim é que, equivale à falta de assinatura a aposição de assinatura digital cuja chave pública conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso, na data da aposição, ou não respeite as condições dele constantes.

A utilização de assinatura digital para efeitos do regime jurídico instituído depende de obtenção das chaves e certificado, isto é, depende da criação e obtenção da emissão de um par de chaves assimétricas, segundo as regras da emissão das chaves e dos certificados (art. 29.º-1), bem como da obtenção do certificado da respectiva chave pública emitido por entidade certificadora credenciada nos termos do regime aprovado.

9.4. *Momento da celebração*

A Proposta de Directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno ⁽¹⁶⁷⁾ destina-se a tornar possível o recurso efectivo à contratação por via electrónica (art. 9.º), obrigando os Estados-membros a reverem as suas regulamentações que possam impedir, limitar ou desencorajar a utilização de contratos por via electrónica, excepto em certos domínios (por ex., direito da família). Destacam-se as exigências de forma relativas ao suporte do processo contratual (papel, impresso, etc.), à presença humana (por ex., no mesmo local), à implicação de terceiros (por ex., testemunhas). É ainda prevista uma obrigação de transparência relativa às modalidades do processo contratual e, em particular, à necessidade de descrever antecipadamente quais as diferentes manipulações necessárias antes da celebração formal do contrato. Assim, devem ser fornecidas informações sobre as dife-

⁽¹⁶⁷⁾ Veja-se agora a proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno [COM(99) 427 final]. Sobre a versão inicial [COM(98)297] veja-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, *passim*; no direito comparado, Lehmann, ZUM 1999, p. 180; Maennel, Hoeren, Spindler, MMR 1999, p. 187, p. 192, p. 199; Brisch, CR 1999, p. 235.

rentes etapas a seguir para celebrar o contrato, sobre o arquivamento ou não do contrato após a sua celebração e a acessibilidade do mesmo, e sobre os meios que permitem corrigir os erros de manipulação (art. 10.º).

Especial importância reveste, por outro lado, o critério proposto relativamente ao momento da celebração. Na verdade, para os casos em que o destinatário do serviço não tem alternativa senão clicar um ícone de sim ou não para aceitar ou não uma proposta concreta feita por um prestador ⁽¹⁶⁸⁾, estabelece-se que o contrato é celebrado quando o destinatário do serviço tiver recebido do prestador, por via electrónica, o aviso de recepção da aceitação pelo destinatário do serviço e tiver confirmado a recepção desse aviso ⁽¹⁶⁹⁾. Ora, como se considera que a aceitação de celebrar o contrato, por parte do destinatário do serviço, pode consistir em efectuar o pagamento em linha e que o aviso de recepção por um prestador pode ser constituído pelo fornecimento em linha do serviço pago, tal significaria não distinguir nestes contratos electrónicos o momento da celebração e o momento do cumprimento da prestação. Com efeito, o contrato só se consideraria celebrado no momento da prestação do serviço. Tal poderia querer dizer que se o destinatário do serviço tivesse já pago electronicamente o serviço, estaria a realizar uma prestação relativa a contrato futuro, o qual só se celebraria com a prestação em linha do serviço.

Este critério é proposto no domínio do comércio electrónico directo, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa em linha de bens incorpóreos (por ex., programas de computador e conteúdos de diversão) e serviços. Por seu turno, o comércio electrónico indirecto traduz-se na encomenda electrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Já não se o prestador se limita a responder a um convite à apresentação de propostas.

⁽¹⁶⁹⁾ Além disso, o prestador deverá criar meios de o destinatário tomar conhecimento dos erros de manipulação e de os corrigir, meios que podem, por exemplo, ser janelas de confirmação que permitam assegurar que o destinatário aceitou realmente uma proposta (art. 11.º, cons. 13).

⁽¹⁷⁰⁾ Veja-se a Comunicação da Comissão, *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM(1997) 157.

§ 10. Serviços da sociedade da informação

10.1. *Noção e modalidades*

O comércio electrónico é baseado nos chamados serviços da sociedade da informação, que a proposta alterada de directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico ⁽¹⁷¹⁾ — retomando o conceito anteriormente firmado nas Directivas sobre transparência técnica ⁽¹⁷²⁾ e sobre protecção dos serviços de acesso condicional ⁽¹⁷³⁾ —, define como os serviços prestados normalmente contra remuneração (1), à distância (2), por via electrónica (3) e mediante pedido individual de um destinatário de serviços (4).

São quatro os elementos essenciais da definição destes serviços: 1.º “à distância” significa um serviço fornecido sem que as partes se encontrem simultaneamente presentes; 2.º “por via electrónica” significa um serviço enviado na origem e recebido no destino por meio de equipamentos electrónicos de tratamento (incluindo a compressão numérica ou digital) e de armazenagem de dados, inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por fios, por rádio, por meios ópticos ou por quaisquer outros meios electromagnéticos; 3.º “mediante pedido individual de um destinatário de serviços” significa um serviço fornecido por transmissão de dados a pedido individual. Um quarto elemento natural destes serviços, embora não essencial, é a sua prestação mediante remuneração.

Nisto consistem os chamados serviços da sociedade da informação, os quais abrangem uma grande variedade de actividades económicas, como, por exemplo, a venda em linha de mercadorias (1), serviços não remunerados pelo destinatário como o forne-

⁽¹⁷¹⁾ COM(99) 427 final.

⁽¹⁷²⁾ Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998.

⁽¹⁷³⁾ Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

cimento de informação em linha (2) ⁽¹⁷⁴⁾, os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico (3) ⁽¹⁷⁵⁾, e, ainda, actividades em linha via telefonia e telefax (4). ⁽¹⁷⁶⁾

10.2. Alguns problemas

Os serviços da sociedade da informação colocam uma série de questões jurídicas, para além das já referidas no que respeita à validade e ao valor probatório da assinatura digital e do documento electrónico. Na regulação destes serviços apoia-se, aliás, a construção jurídica da Sociedade da Informação, sociedade esta que surge como uma missão política fundamental neste limiar de milénio ⁽¹⁷⁷⁾, ao mesmo tempo que, numa visão de teor mais econó-

⁽¹⁷⁴⁾ Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados electrónicas em linha. As bases de dados electrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual. Cfr. Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador; Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. No plano internacional, veja-se, especialmente, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996).

⁽¹⁷⁵⁾ O regime dos operadores de rede de distribuição por cabo prevê os serviços interactivos de natureza endereçada acessíveis quer mediante solicitação individual (tais como os serviços da Internet e de vídeo a pedido) quer mediante acto de adesão, e a possibilidade de ligações bidireccionais para transmissão de dados, autorizando a sua oferta pelos operadores de rede de distribuição por cabo (cfr. Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro).

⁽¹⁷⁶⁾ Esta definição não abrange, porém, a radiodifusão televisiva na Internet quando se trate apenas de um meio de transmissão suplementar, integral e inalterada de emissões de radiodifusão televisiva já transmitidas por via hertziana, por cabo ou por satélite. Nessa medida, parece não ser aplicável a estes serviços da sociedade da informação o regime previsto na Directiva Televisão, que contempla regras, *inter alia*, sobre patrocínio publicitário e televentas (Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997).

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. *A Europa e a Sociedade da Informação*, Recomendação do Grupo de Alto Nível sobre a Sociedade da Informação ao Conselho Europeu de Corfu, Relatório Bangemann, 26.V.1994.

mico, se afirma a emergência da Economia Digital através do comércio electrónico (178).

Diversos documentos oficiais definiram já o quadro geral de problemas dos serviços da sociedade da informação (179). Aos problemas da assinatura digital e do documento electrónico, juntam-se outras questões do comércio electrónico, como sejam, topicamente, a defesa dos consumidores e o regime dos serviços públicos essenciais como o telefone (1), a protecção dos dados pessoais (2), a propriedade intelectual (3), a criminalidade informática e a utilização segura da Internet (4), aspectos das telecomunicações, incluindo a radiodifusão digital e a televisão interactiva (5), a publicidade, o patrocínio e as televendas (6), o problema do acesso à informação do sector público (7), as regras de informatização da Administração (8), a moeda electrónica, os sistemas de pagamento electrónico e cartões de crédito (9) e fiscalidade na Internet (10). Além disso, levantam-se certas questões como a protecção dos serviços de acesso condicional e a responsabilidade dos prestadores de serviços em linha.

Dentro deste amplo leque de questões dos serviços da sociedade da informação em que se baseia o comércio electrónico vamos considerar brevemente duas problemáticas. Por um lado, a defesa do consumidor nos contratos à distância por via electrónica e nos “contratos de adesão” na Internet. Por outro lado, os direitos de autor e formas especiais de propriedade intelectual, dando especial atenção à tutela do investimento dos produtores de bases de dados electrónicas, à protecção das portagens de acesso a essas bases (mediante tecnologias criptográficas), incluindo a protecção dos serviços de acesso condicional.

(178) *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

(179) Veja-se: *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final; Missão para a Sociedade da Informação (MSI), Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, 1997 (Ponto 9); Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, e o respectivo Documento Orientador, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99.

§ 11. Defesa do consumidor

Em ordem a criar um ambiente jurídico de confiança, a defesa do consumidor é um aspecto fundamental da promoção do comércio electrónico ⁽¹⁸⁰⁾. Dentro do amplo leque de medidas que compõem o acervo comunitário de protecção dos consumidores ⁽¹⁸¹⁾,

⁽¹⁸⁰⁾ Sobre esta matéria veja-se A. Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 155 s; no direito comparado, por exemplo, Arnold, CR 1997, p. 526; Valentino, *Rassegna* 1998, p. 375; Barbry, DIT 2/1998, p. 14; Köhler, *Martinek*, NJW 1998, p. 185, p. 207; Trochu, *Recueil Dalloz* 1999, p. 179. Poderá ver-se também o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, 1999.

⁽¹⁸¹⁾ Para além das medidas que serão referidas no texto, veja-se, especialmente, com relevo no domínio das comunicações electrónicas: Directiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de Junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (no direito interno, veja-se o Regime de acesso e exercício da actividade de agências de viagens e turismo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 209/97 de 13 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 12/99 de 11 de Janeiro); Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, transposta pelo Decreto-Lei n.º 162/99 de 13 de Maio, que altera o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril; Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998 (no direito interno, veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro); Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores; Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; Directiva 84/450/CEE do Conselho de 10 de Setembro de 1984 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Outubro de 1997 para incluir a publicidade comparativa; Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997; Directiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de Março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano; Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (no direito interno, veja-se o Código da Publicidade).

abordaremos fundamentalmente duas medidas com relevo contratual: as Directivas Contratos à Distância e Cláusulas Abusivas. A proposta de Directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico ressalva o acervo comunitário essencial para a protecção do consumidor constituído por estas Directivas, considerando-as integralmente aplicáveis aos serviços da sociedade da informação ⁽¹⁸²⁾. Um outro aspecto tido em conta diz respeito à confidencialidade das mensagens electrónicas, que se considera estar já assegurada pelo art. 5.º da Directiva Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações ⁽¹⁸³⁾, em termos de os Estados-membros deverem proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância em relação a essas mensagens por terceiros que não os remetentes e os destinatários das mesmas. Esta exigência de confidencialidade é de extrema importância se atendermos a que, por exemplo, a maioria dos pagamentos em linha efectua-se através de códigos de cartões electrónicos de pagamento (visa).

11.1. *Contratos à distância*

A Directiva Contratos à Distância ⁽¹⁸⁴⁾ deverá ser transposta até 4 de Junho de 2000 (arts. 15.º, 1, 18.º). Esta Directiva consagra um regime de protecção nos contratos à distância, que define, embora o seu âmbito de aplicação seja algo restrito. Em termos gerais, serão de referir os deveres de informação a cargo do fornecedor (arts. 4.º e 5.º), o direito de “livre rescisão” do consumidor (art. 6.º), o pagamento fraudulento com o seu cartão ⁽¹⁸⁵⁾

⁽¹⁸²⁾ Veja-se, também, a Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação. Idênticas preocupações são expressas pela OCDE no seu documento Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce.

⁽¹⁸³⁾ Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações.

⁽¹⁸⁴⁾ Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre os cartões de pagamento electrónico, veja-se a Recomendação 97/489/CE da Comissão de 30 de Julho de 1997 relativa às transacções realizadas através de um instrumento de pagamento electrónico e, nomeadamente, às relações entre o emittente e o detentor. Veja-se anteriormente a Recomendação 87/598/CEE da Comissão de 8

(art. 8.º), o valor do seu silêncio (art. 9.º) e, entre outros aspectos, a questão da protecção da privacidade dos consumidores (art. 10.º).

O contrato à distância é definido como qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração (art. 2.º, 1). Estas técnicas de comunicação consistem em qualquer meio que, sem presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as partes. Exemplos destas técnicas de comunicação são, nos termos do Anexo I, o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio electrónico, o videofone e o videotexto.

Esta Directiva é uma medida de grande importância para a protecção do consumidor na negociação electrónica à distância, que é um meio de celebração de contratos à distância. Todavia, o seu âmbito de aplicação é algo restrito, excluindo sectores tão importantes como o *teleshopping* (art. 3.º). Com efeito, são excluídos do âmbito de aplicação da directiva os contratos relativos a serviços financeiros referidos no anexo II, que prevê uma lista não

de Dezembro de 1987 relativa a um Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico (Relações entre instituições financeiras, comerciantes-prestadores de serviços e consumidores), e a Recomendação 88/590/CEE da Comissão de 17 de Novembro de 1988 relativa aos sistemas de pagamento e, em especial, às relações entre o titular e o emissor dos cartões. Sobre a emissão de moeda electrónica, veja-se a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso e ao exercício da actividade das instituições de moeda electrónica, bem como à sua supervisão prudencial. No direito interno vejam-se as seguintes medidas: Lei n.º 23/94 de 18 de Julho (utilização de cartões de débito de pagamento automático); Portaria n.º 1150/94 de 27 de Dezembro (regime especial de preços no serviço de pagamento automático); Decreto-Lei n.º 166/95 de 15 de Julho (actividade das entidades emitentes ou gestoras de cartões de crédito); Aviso N.º 1/95 de 17 de Fevereiro (deveres de informação ao público sobre operações e serviços de instituições de crédito); Aviso n.º 4/95, de 28 de Julho (contratos para emissão de cartão de crédito); Decreto-Lei n.º 206/95 de 14 de Agosto (regime das sociedades financeiras para aquisições a crédito — SFACS); Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março (institui o sistema de acesso aos serviços bancários mínimos).

exaustiva. Após consulta pública às partes interessadas, a Comissão concluiu pela necessidade de apresentar uma proposta específica relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros ⁽¹⁸⁶⁾. Essa proposta, entretanto alterada ⁽¹⁸⁷⁾, segue o modelo regulamentar da Directiva Contratos à Distância (97/7/CE), embora com soluções específicas para a comercialização à distância de serviços financeiros.

A Directiva sobre os contratos à distância ainda não foi transposta e a proposta sobre os serviços financeiros encontra-se ainda em discussão. Mas, existirá entre nós algum regime susceptível de proteger os consumidores nos contratos à distância por via electrónica?

Em nosso entender, a resposta é afirmativa e encontra-se no regime das vendas por correspondência ⁽¹⁸⁸⁾. Este regime transpõe a Directiva sobre os contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais ⁽¹⁸⁹⁾. Mas, enquanto a Directiva 85/577/CEE não parece abranger os contratos à distância, em razão de parecer exigir a presença física simultânea das partes (art. 1.º), já o nosso regime das vendas por correspondência define-as como a modalidade de distribuição comercial a retalho em que se oferece ao consumidor a possibilidade de encomendar pelo correio, telefone ou outro meio de comunicação os bens ou serviços divulgados através de catálogos, revistas, jornais, impressos ou quaisquer outros meios gráficos ou áudio-visuais

⁽¹⁸⁶⁾ Veja-se o Livro Verde da Comissão, *Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores*, COM(96) 209 final, 22/05/1996, e a Comunicação da Comissão, *Serviços financeiros: reforçar a confiança do consumidor*, COM(97) 309 final, 26/06/1997.

⁽¹⁸⁷⁾ Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Directivas 97/7/CE e 98/27/CE.

⁽¹⁸⁸⁾ Regime da venda ao domicílio e por correspondência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95 de 13 de Setembro.

⁽¹⁸⁹⁾ Directiva 85/577/CEE do Conselho de 20 de Dezembro de 1985 relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Trata-se de uma medida de harmonização mínima, pois os Estados-membros podem adoptar ou manter disposições mais favoráveis à protecção do consumidor no domínio por ela abrangido (art. 8.º).

(art. 8.º, 1). Ora, esta definição de vendas por correspondência acolhe expressamente na sua letra contratos à distância pelos modernos meios de comunicação, como o comércio electrónico na Internet. Deste modo, enquanto a Directiva Contratos à Distância não for transposta e na medida em que o tenha que ser, existirá já entre nós um regime especial de protecção dos interesses dos consumidores nos contratos à distância. Esse regime traduz-se, especialmente, na obrigação de conformação do conteúdo das ofertas ⁽¹⁹⁰⁾, na forma ⁽¹⁹¹⁾, conteúdo e valor do contrato, e na atribuição de um direito de “livre resolução” ⁽¹⁹²⁾ (arts. 9.º a 12.º).

⁽¹⁹⁰⁾ Estas condições de licitude do conteúdo da oferta — próximas do regime da publicidade domiciliária (cfr. art. 23.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 74/93 de 10 de Março, 6/95 de 17 de Janeiro, e 275/98 de 9 de Setembro, e pela Lei n.º 31-A/98, de 14 de Julho; regime especial da publicidade domiciliária por telefone e telecópia, aprovado pela Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro) — não se aplicam nos casos de mensagens publicitárias genéricas que não incluam uma proposta concreta para aquisição de bens ou prestação de serviços, pois que tais mensagens não serão sequer consideradas ofertas de venda. A este respeito será de considerar que, nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96 de 31 de Julho: Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores), as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário (art. 7.º, 5).

⁽¹⁹¹⁾ Nas vendas por correspondência os contratos de valor igual ou superior a dez mil escudos devem ser reduzidos a escrito (Portaria n.º 1300/95, de 31 de Outubro). Todavia, não é exigido tal documento quando a nota de encomenda faça parte integrante do suporte utilizado na oferta de venda.

⁽¹⁹²⁾ Este direito de livre rescisão tem correspondente no domínio do crédito ao consumo, sendo de referir o “direito de arrependimento” durante 7 dias após o contrato de que goza o consumidor, bem como o direito de ser informado deste direito. Veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (estabelece normas relativas ao crédito ao consumo; transpõe para a ordem jurídica interna as Directivas n.º 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro de 1990). Veja-se, no direito comunitário, a Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998.

11.2. *Cláusulas abusivas*

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (LCCG) ⁽¹⁹³⁾ é um importante corpo normativo de protecção dos consumidores — embora nisso não se esgote — nos contratos electrónicos. Em termos breves, ao nível da formação do contrato, os consumidores têm direito à comunicação e à informação, bem como à exclusão dos contratos singulares de cláusulas surpresa *lato sensu* (art. 5.º a 8.º). Ao nível do controlo do conteúdo, gozam da proibição das cláusulas constantes das listas negras e cinzentas, incluindo as previstas para as relações entre empresários ou entidades equiparadas, e não se excluindo a possibilidade de, ainda que não prevista nas listas, a cláusula do caso concreto ser contrária à boa fé (arts. 17.º a 22.º). A nível orgânico-processual, prevê-se, em especial, um controlo judicial na acção inibitória (art. 25.º) e a existência de um serviço de registo das cláusulas contratuais abusivas (arts. 34.º e 35.º) ⁽¹⁹⁴⁾. Depois, como medidas de reforço da

⁽¹⁹³⁾ Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro — que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores —, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho) Sobre esta matéria veja-se M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1990; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato — As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, 1999. Veja-se também A. Pinto Monteiro, ROA 1986, p. 733, BFD 1993, p. 161, p. 335, ERPL 1995, p. 231, RDM 1996, p. 79; J. Sinde Monteiro/Almeno de Sá, BFD 1997, p. 173.

⁽¹⁹⁴⁾ Nos termos da Portaria n.º 1093/95 de 6 de Setembro, o Gabinete de Direito Europeu foi incumbido de organizar e manter actualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas. Poder-se-ia reforçar esta medida através da criação de um serviço de registo em linha acessível à distância por via electrónica mediante solicitação individual, isto é, através de um sítio na Internet. Este registo electrónico poderia incluir-se, aliás, no âmbito das medidas tendentes à informação geral do consumidor cuja adopção cabe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais e entre as quais se contam a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica, e também a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado (Lei do Consumidor, art. 7.º, 1-d/e).

eficácia preventiva e compulsória deste regime é de referir, ainda, a instituição da proibição provisória (art. 31.º) e a sanção pecuniária compulsória (art. 33.º). Em comparação com a Directiva Cláusulas Abusivas (195), a nossa Lei parece garantir um nível de protecção dos consumidores mais elevado (196).

O regime das cláusulas abusivas será particularmente importante no domínio das chamadas licenças *click-wrap*. O destinatário do teleserviço manifesta a sua concordância com os termos da licença através do acto de pressionar um ícone do ecrã, à seme-

(195) Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

(196) Poder-se-ia dizer, porém, que esse nível de protecção seria mais reduzido em virtude do problema prévio do âmbito de aplicação deste regime. Antes da recente alteração, o diploma destinava-se a regular as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar. Assim sendo, pareciam excluídas as meras cláusulas abusivas que não tivessem sido objecto de negociação individual, independentemente da indeterminação dos destinatários. Este regime foi alterado posteriormente para “corrigir” um problema que, a nosso ver, não existia. O diploma de alteração vem dispor, com efeito, que o diploma das cláusulas contratuais gerais “aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (art. 1.º, 2). Mas, o que são contratos individualizados? Serão contratos que contêm cláusulas contratuais gerais “moldadas” em atenção ao contrato individual, mas que no essencial se integram na disciplina de uma série indeterminada de contratos? Se assim for, então cumpre referir que a Directiva não se destina a regular tais “contratos individualizados”, mas antes as cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual, isto é, que tenham sido redigidas previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2, Directiva Cláusulas Abusivas). Ou seja, a integração de tais cláusulas numa disciplina de série indeterminada, embora individualizada no contrato individual, não nos parece ser elemento exigido pela Directiva.

De todo o modo, mesmo os contratos não individualizados que não se integram numa disciplina contratual de série indeterminada serão abrangidos pelo regime das “cláusulas contratuais gerais”. Tal resulta, não da alteração literal que foi operada — que é equívoca —, mas da interpretação que fazemos do art. 37.º. Em suma, o diploma das cláusulas contratuais gerais é aplicável também às cláusulas não negociadas individualmente contidas em propostas aceites ou subscritas pelo aderente, e não apenas às cláusulas contratuais gerais *stricto sensu*. Na verdade, se o diploma ressalva a aplicação das disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente do que o regime das cláusulas contratuais gerais, então, por maioria de razão, isso significa que o aderente já beneficiará sempre deste regime independentemente de estarem em causa cláusulas contratuais gerais, cláusulas contratuais gerais individualizadas ou antes, simplesmente, cláusulas não negociadas individualmente (cfr. o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, cit., p. 104 s).

lhança das licenças *shrink-wrap* em que com o acto de abertura da embalagem em que é contida a cópia do programa de computador ou da obra multimedia o adquirente do *package* adere a tais estipulações. Da licença de utilização constam, *inter alia*, cláusulas que definem o âmbito da autorização de utilização (isto é, as faculdades ou direitos do utilizador), cláusulas que excluem e/ou limitam a responsabilidade do concedente, e, ainda, cláusulas que excluem e/ou limitam garantias, implícitas ou explícitas, ressaltando a sua *enforceability*, absoluta ou relativa, em face da lei aplicável.

As licenças *click-wrap* são o modelo típico da *praxis* negocial no âmbito dos contratos de licença de utilização de conteúdos informativos comercializados na Internet. A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico ⁽¹⁹⁷⁾ contempla-as, prevendo que nos casos em que o destinatário do serviço não tenha alternativa senão clicar um ícone de sim ou não para aceitar ou não uma proposta concreta feita por um prestador, o contrato será celebrado quando o destinatário do serviço tiver recebido do prestador, por via electrónica, o aviso de recepção da aceitação pelo destinatário do serviço e tiver confirmado a recepção desse aviso ⁽¹⁹⁸⁾. Por outro lado, a proposta prevê, ainda, que o prestador deverá criar meios de o destinatário tomar conhecimento dos erros de manipulação e de os corrigir, meios que podem, por exemplo, ser janelas de confirmação que permitam assegurar que o destinatário aceitou realmente uma proposta (art. 11.º, cons. 13). Além disso, é consagrada uma obrigação de informação (art. 5.º) que acresce às existentes nas legislações nacionais (veja-se, como referimos, o regime das vendas por correspondência) e na Directiva Contratos à Distância (97/7/CE).

⁽¹⁹⁷⁾ Veja-se agora a proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno, COM(99) 427 final.

⁽¹⁹⁸⁾ Para efeitos deste regime considera-se, por um lado, que a aceitação de celebrar o contrato, por parte do destinatário do serviço, pode consistir em efectuar o pagamento em linha, e, por outro, que o aviso de recepção por um prestador pode ser constituído pelo fornecimento em linha do serviço pago. Isto significa, como já tivemos oportunidade de referir, que, em tais casos, a celebração do contrato coincidirá com o seu cumprimento por parte do prestador do serviço, sendo que poderá ser efectuado um pagamento pelo destinatário antes mesmo de o contrato se considerar celebrado.

Com efeito, mesmo não havendo contrato, o prestador deverá tornar directa, permanente e facilmente acessíveis determinadas informações. Assim será, por exemplo, através de um ícone com ligação hipertexto a uma página com estas informações e que seja visível no conjunto das páginas do sítio. Dentro destas informações deverão contar-se, entre outras, o nome do prestador (1), o endereço em que o prestador se encontra estabelecido (2), coordenadas que permitam contactar o prestador rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele, incluindo o seu endereço de correio electrónico (3), registo em que se encontra inscrito e número de matrícula do mesmo, caso o prestador esteja inscrito num registo comercial (4), e número com que está registado na sua administração fiscal para efeitos de IVA, caso exerça uma actividade sujeita a IVA (5), etc.

Ora, as licenças *click-wrap* e de um modo geral os contratos de adesão na Internet suscitam problemas muito delicados. Desde logo, põe-se o problema da sua validade. Podemos procurar uma primeira resposta para o problema fazendo a analogia com as licenças *shrink-wrap*. Verificamos que no direito comparado a solução jurisprudencial do problema parece apontar em sentidos divergentes⁽¹⁹⁹⁾. Recentemente, foi proposta nos EUA a alteração do *Uniform Commercial Code*, no sentido da adição da § 2B-308(2), que afirma a validade de princípio destas licenças de plástico na condição de apresentação clara e anterior à conclusão do contrato das cláusulas que restringem os direitos dos utilizadores⁽²⁰⁰⁾.

As licenças de plástico constituem, em regra, “contratos de adesão”, na medida em que se formam pela mera adesão do cliente

⁽¹⁹⁹⁾ Como casos de referências, vejam-se: no sentido da validade, na Inglaterra *Beta v. Adobe* (1996), em Singapura *Aztech PTE Ltd. v. Creative Technology Ltd* (1996-7); no sentido da invalidade, v. nos EUA *Step Saver Data Systems v. Wyse Technology* (1990-1), na Holanda *Coss v. TMDData* (1995).

⁽²⁰⁰⁾ Esta proposta consagra a orientação jurisprudencial, também firmada no caso *Arizona Retail Syst. v. Software Link* (1993), e recentemente retomada pelo tribunal de recurso no caso *Pro-CD v. Zeidenberg* (1996) no sentido de aceitar a validade das licenças de plástico, na medida em que as condições da licença tenham sido levadas ao conhecimento do adquirente antes da conclusão da venda. Sobre estas licenças de plástico poderá ver-se, nomeadamente: Graham, CLJ 1992, p. 597; Ward/Durrant, CoL 1994, p. 174; Lemley, California LR 1995, p. 1239; Gardner, CL 1996, p. 5; Kochinke/Günther, CR 1997, p. 129; Girot, DIT 1/1998, p. 7.

às cláusulas contratuais gerais predeterminadas ou preelaboradas pela outra parte com vista a uniformizar a disciplina dos contratos a celebrar no futuro. Mesmo que não sejam contratos de adesão em sentido estrito, este regime deverá aplicar-se nas relações com consumidores, ainda que tais cláusulas tenham sido meramente pré-definidas para um contrato individual, bastando, portanto, que não tenham sido objecto de negociação individual. Encontrar-se-ão, assim, as respectivas estipulações sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Antes do apuramento da consonância do conteúdo de tais estipulações com a boa-fé, e, nomeadamente, da sua conformidade, nos termos prescritos, com as listas negras e cinzentas (arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º), põe-se, desde logo, o problema do controlo ao nível da formação do acordo.

Trata-se de saber, para começar, se as licenças de *shrink-wrap* cumprem o dever de comunicação prévia e na íntegra das condições gerais constantes da licença de utilização (art. 5.º). Em nosso entender, enquanto selos-avisos de abertura da embalagem da cópia do programa, estas licenças parecem cumprir, em princípio, tal dever, uma vez que tornam possível o conhecimento prévio da existência das cláusulas da licença e o conhecimento do seu conteúdo por parte do aderente. Este não apenas é avisado da existência da licença de utilização, mas também prevenido a tomar conhecimento dos seus termos e condições, uma vez que a abertura da embalagem acarreta a sua aceitação. Depois, antes de aderir às condições gerais da licença o utilizador pode solicitar todos os esclarecimentos razoáveis, que lhe são devidos pelo proponente por força do dever de informação que sobre este impende (art. 6.º).

Assim, em princípio, as licenças *shrink-wrap* não prejudicam, por si só, o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação das cláusulas contratuais gerais, permitindo a sua inclusão, na medida em que não se tratem de cláusulas surpresa, no contrato singular de licença (art. 8.º e art. 4.º). Semelhante solução deverá valer, *mutatis mutandis*, no domínio das licenças *click-wrap* ou, de um modo geral, para os “contratos de adesão” na Internet.

§ 12. Protecção da propriedade Intelectual

A informação constitui um recurso económico fundamental no quadro dos serviços da sociedade da informação. Por seu turno, a propriedade intelectual, por via dos direitos de autor e figuras conexas, surge como a forma jurídica de domínio sobre a informação transaccionada.

Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados electrónicas em linha. As bases de dados electrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual ⁽²⁰¹⁾. Consideremos, especialmente, a Directiva sobre a protecção jurídica das bases de dados, que está em vias de transposição para a ordem jurídica interna, tendo começado a produzir efeitos desde 1 de Janeiro de 1998 ⁽²⁰²⁾. Consideremos depois a Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços de acesso condicional. ⁽²⁰³⁾

⁽²⁰¹⁾ Veja-se, especialmente: Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador; Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. No plano internacional, veja-se, especialmente, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996). Sobre o impacto da tecnologia digital (com o *software*, o *multimedia* e a *Internet*) no instituto do direito de autor e dos direitos conexos poderá ver-se a nossa obra *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998.

⁽²⁰²⁾ Recentemente foi aprovada a autorização legislativa de transposição: Lei n.º 1/2000 de 16 de Março, que autoriza o Governo a transpor a Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. Sobre a Directiva Bases de Dados poderá ver-se, nomeadamente: Vivant, D. 1995, p. 197; Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 249; Mallet-Poujol, D. 1997, p. 330, DIT 1/1996, p. 6; Weber, UFITA 1996, p. 5; Berger, GRUR 1997, p. 169; Flechsig, ZUM 1997, p. 577; Vogel, ZUM 1997, p. 592; Guglielmetti, CI 1997, p. 177; Tissot; Glavarría Iglesia/Torre Forcadelli, RDM 1998, p. 1830. Veja-se também Cornish (et al.), *Protection of and vis-à-vis databases*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, 1997, p. 435; Goebel, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, 1995, p. 106-117.

⁽²⁰³⁾ Para um primeiro tratamento das questões da propriedade intelectual ligadas aos "domain names" veja-se P. Mota Pinto, *Sobre alguns problemas jurídicos da Internet*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 362 s.

12.1. *Bases de dados electrónicas*

As bases de dados são aqui definidas em termos amplos, consistindo em colectâneas de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros (art. 1.º, 2). Independentemente da protecção a que haja lugar pelo direito de autor, as bases de dados assim definidas serão objecto de um direito chamado *sui generis* de proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do seu conteúdo. Este direito é atribuído ao fabricante das bases de dados quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo; sendo que esse investimento poderá consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforço e de energia (art. 7.º, cons. 40, 2.ª parte).

A análise do conteúdo do direito *sui generis* leva-nos, porém, a concluir que os seus contornos poderão implicar uma séria restrição ao livre fluxo de informação. No preâmbulo da directiva bases de dados diz-se claramente que este direito não cria um novo direito sobre os dados da base, e que não deverá ser exercido em termos de facilitar abusos de posição dominante, nomeadamente no que respeita à criação e difusão de novos produtos e serviços que constituam um valor acrescentado de ordem intelectual, documental, técnica, económica ou comercial (47). Nesse sentido aponta a Jurisprudência Europeia firmada no caso *Magill* (204) e recentemente retomada na decisão *Labroke*. (205)

Não obstante, estará sujeita a autorização do titular do direito a mera visualização do conteúdo da base de dados em ecrã sempre que tal exija a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial desse conteúdo para outro suporte. Além disso, dentro do direito *sui generis* configura-se um direito específico de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizadas em relação a actos do utilizador que ultrapassam os direitos legítimos deste e prejudiquem assim o investimento, não

(204) Cfr. Vinje, DIT 2/1993, p. 16.

(205) Sobre a decisão *Ladbroke*, Bonet, RTDE 1998, p. 591.

se destinando apenas a proteger contra o fabrico de um produto parasita concorrente (cons. 44 e 42). Fala-se, a propósito, na “fobia” do utilizador final.

Temos, portanto, um direito de propriedade intelectual sobre conteúdos informativos, que abrange inclusivamente o poder exclusivo de visualização e a faculdade de impedir o acesso mesmo a partes não substanciais. Com base neste direito, que pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais, os respectivos titulares — as indústrias que operam no mercado europeu da informação — controlam o acesso e a utilização destas bases, podendo fazê-lo numa base contratual e mediante remuneração junto dos utilizadores finais. ⁽²⁰⁶⁾

12.2. *Portagens de acesso: os envelopes criptográficos*

Neste domínio assume especial relevo a utilização das chamadas tecnologias robustas, como a cifragem e a estenografia ⁽²⁰⁷⁾. Estas aplicações da tecnologia criptográfica fornecem dispositivos

⁽²⁰⁶⁾ As bases de dados de informação do sector público estão sujeitas a exigências específicas, como resulta das medidas recentemente adoptadas. Veja-se, especialmente: Decreto-Lei n.º 135/99 de 22 de Abril (define os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, bem como reúne de uma forma sistematizada as normas vigentes no contexto da modernização administrativa); Regime de acesso aos documentos da administração do sector público (Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pelas Leis n.º 8/95, de 29 de Março, e 94/99 de 16 de Julho); Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de Agosto (determina a disponibilização na Internet de informação detida pela Administração); Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de Agosto (cria a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais e aprova o respectivo documento orientador); Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, de 26 de Agosto (estabelece regras relativas à acessibilidade pelos cidadãos com necessidades especiais aos conteúdos de organismos públicos na Internet). Sobre o intercâmbio electrónico de dados entre administrações, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 que adopta uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

⁽²⁰⁷⁾ Veja-se o Livro Verde da Comissão, *O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(95), 382, e o respectivo seguimento COM(96) 568 final. Nos EUA, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (Bruce Lehman, Ronald Brown), September 1995.

técnicos de protecção e identificação dos dados das bases. No domínio da protecção dos direitos de autor e outras formas de propriedade intelectual estes sistemas permitem controlar o acesso e/ou a utilização das obras pelos utilizadores e melhorar a gestão dos direitos, tratando a informação a eles respeitante em condições de segurança.

Por um lado, o titular dos direitos pode controlar o acesso aos conteúdos informativos. Por exemplo, pode condicionar o acesso à prestação de uma palavra-chave ou a outros procedimentos de identificação e de autenticação, servindo-se de técnicas criptográficas. No sistema de chave privada, os dados são encriptados com a mesma chave que é utilizada para encriptar e decriptar (criptografia simétrica e assimétrica). Estas técnicas permitem ainda limitar o acesso, por exemplo, a horários pré-definidos, a partes determinadas dos conteúdos ou a certas pessoas. Por outro lado, o titular dos direitos pode controlar os termos da utilização das bases de dados pelas pessoas que têm direito de acesso. Trata-se, por exemplo, de proibir a cópia ou limitar o número de cópias ou, ainda, de um modo geral, delimitar os termos da sua utilização.

Assim, estes dispositivos técnicos apresentam interesse inegável para os titulares de direitos. Com efeito, reforçam a exclusividade jurídica através da exclusividade técnica, contribuindo para a eficácia do direito exclusivo. Patrimonialmente, as restrições ao acesso ou à utilização permitem o pagamento por sessão, uma vez que possibilitam o controlo individual da utilização das obras. Em vista das vantagens destas tecnologias seguras para a protecção dos direitos de propriedade intelectual, a tecnologia de cifragem está cada vez mais integrada em sistemas e aplicações comerciais, como sejam a *pay tv* (em que é devida uma taxa de assinatura para a decifragem), os discos digitais versáteis (DVD), que utilizam técnicas de cifragem para evitar a pirataria.

12.3. Tutela jurídica das medidas tecnológicas de protecção e dos serviços de acesso condicional

Todavia, apesar dos níveis de segurança que oferecem, estes sistemas de protecção e identificação técnica podem ser violados mediante dispositivos que dissimulam, suprimem ou de um modo

geral contornam essas barreiras técnicas. Em vista disto, foram adoptadas medidas destinadas a proteger os titulares de direitos e os prestadores de serviços de acesso condicional. Relativamente aos primeiros, trata-se dos Tratados da OMPI que consagram preceitos destinados à protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação, incumbindo as Partes Contratantes de preverem uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização das medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos de autor e de direitos conexos no quadro do exercício dos seus direitos ⁽²⁰⁸⁾.

Na sequência destes Tratados, está em discussão uma medida de harmonização destinada a implementá-los ⁽²⁰⁹⁾, mas que porém vai mais longe, estendendo essa protecção juridico-tecnológica ao direito *sui generis* dos produtores de bases de dados, para além de tratar apenas no preâmbulo uma série de questões várias como sejam, nomeadamente, o desenvolvimento da criptografia, a privacidade dos utilizadores e os testes de segurança de sistemas.

Para além destas medidas de protecção dos direitos de propriedade intelectual, a nível europeu sentiu-se necessidade de conceder protecção aos serviços de acesso condicional, mediante a adopção de uma Directiva ⁽²¹⁰⁾. Os serviços de acesso condicional

⁽²⁰⁸⁾ Tratados da OMPI sobre Direito de Autor (art. 11.º e 12.º) e sobre Prestações e Fonogramas (art. 18.º e 19.º). No direito comparado estes Tratados foram já implementados no Brasil (Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998) e nos EUA (*Digital Millennium Copyright Act* de finais 1998), onde o círculo de proibição foi alargado a actividades de comercialização de dispositivos cuja finalidade essencial seja o contornamento proibido das medidas de carácter tecnológico. Veja-se em www.digital-forum.net (JURINET), Oliveira Ascensão, *O Direito de Autor no Ciberespaço / A recente lei brasileira dos direitos autorais, compilada com os novos tratados da OMPI*. Na JURINET, www.digital-forum.net, poderá ver-se também, sobre esta matéria, os nossos: *O Direito de Autor no Milénio Digital / O Código do Direito de Autor e a Internet*.

⁽²⁰⁹⁾ Veja-se agora a proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação [COM(99) 250 final]. Sobre a primeira versão veja-se, nomeadamente, Flechsig, Reinbothe, Dietz, ZUM 1998, p. 139, p. 429, p. 438. Para uma análise abrangente do impacto da tecnologia digital no direito de autor veja-se a nossa dissertação, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998, e a bibliografia aí referida.

⁽²¹⁰⁾ Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num

têm como característica comum o facto de o acesso ao serviço à distância (radiodifusão ou serviços interactivos) ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço, designadamente os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o audio a pedido, a edição electrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização. Todos estes serviços são prestados ao público no sentido de que um determinado conteúdo é colocado à disposição de todos os membros do público que estejam dispostos a pagar o “título de acesso” ao serviço.

A Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços de acesso condicional destina-se a acautelar interesses de diversos intervenientes no processo em razão do acesso não autorizado ao serviço: 1.º os fornecedores do serviço, contra a perda de receitas provenientes de assinaturas que lhe seriam devidas; 2.º o fornecedor do acesso condicional, contra os prejuízos decorrentes de substituições de mecanismos de acesso condicional; 3.º o fornecedor do conteúdo, contra os prejuízos financeiros indirectos decorrentes, uma vez que o montante pago aos titulares dos direitos de autor tem geralmente em conta os potenciais índices de audiência, e a recepção priva-os do rendimento que teriam normalmente auferido com base nas assinaturas que deveriam ser pagas; 4.º o consumidor, uma vez que o prejuízo sofrido pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude a nível do consumo em razão da origem enganosa do dispositivo pirata, pois que se o fornecedor modificar o sistema de acesso condicional o dispositivo adquirido deixará de ter qualquer utilidade para o consumidor.

Resenha Bibliográfica (*)

- AS TELECOMUNICAÇÕES E O DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, ACTAS DO COLÓQUIO (1998), COORDENAÇÃO DE A. PINTO MONTEIRO, 1999
- ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *PROTECÇÃO JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR*, REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, 1990
- , *DIREITOS DO UTILIZADOR DE BENS INFORMÁTICOS*, IN COMUNICAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, ACTAS DO CONGRESSO INTERNACIONAL ORGANIZADO PELO INSTITUTO JURÍDICO DA COMUNICAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, DE 15 A 27 DE NOVEMBRO DE 1993, COIMBRA 1996
- , *O DIREITO DE AUTOR NO CIBERESPAÇO*, PORTUGAL-BRASIL ANO 2000, COIMBRA, 2000
- APDI, *SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*. ESTUDOS JURÍDICOS, COIMBRA, 1999
- BARTSCH /LUTTERBEK (HRSG.), *NEUES RECHT FÜR NEUE MEDIEN*, KÖLN, 1998
- BELLEFONDS /HOLLANDE, *DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DE LA TÉLÉMATIQUE*, 2. ÉD., PARIS, 1990
- , *CONTRATS INFORMATIQUES ET TÉLÉMATIQUES*, 2 ED. PARIS 1988
- BENDER, *COMPUTER LAW*, NEW YORK, 1997
- BENSOUSSAN (DIR.), *INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES*, PARIS, 1996
- BORRUSO, *COMPUTER E DIRITTO*, I, II, MILANO 1988
- BRAUN/JÖCKEL/SCHADE, *COMPUTER-KAUFVERTRAG*, BERLIN 1989
- BRUHN *MULTIMEDIA-KOMMUNIKATION*, MÜNCHEN, 1997
- BÜCHNER/EHMER/GEPPERT/KERKHOF/PIEPENBROCK/SCHÜTZ/SCHUSTER, *BECK'SHER TKG-KOMMENTAR*, 2. AUFL., MÜNCHEN, 1998
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, *CONTRATOS INFORMÁTICOS INTERNACIONALES*, IN CONTRATOS INTERNACIONALES, ALFONSO Y CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIR.), MADRID
- COMUNICAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR*, IJC, COIMBRA 1996
- DAMMANANN/SIMITIS, *EG-DATENSCHUTZRICHTLINIE. KOMMENTAR*, BADEN-BADEN, 1997
- DELLEBEKE (ED.), *COPYRIGHT IN CYBERSPACE*, AMSTERDAM, 1997
- DEMNIARD-TELLIER (DIR.), *LE MULTIMEDIA ET LE DROIT*, PARIS, 1996
- DOWNING, *EC INFORMATION TECHNOLOGY LAW*, CHICHESTER, 1995
- EDUARDA GONÇALVES, *DIREITO DA INFORMAÇÃO*, COIMBRA, 1994
- EHMANN/HELFRICH /ZIMMER-HELFRICH (HRSG.), *DIE EG-DATENSCHUTZ-RICHTLINIE*, KÖLN, 1996
- EGAN, *INFORMATION SUPERHIGHWAYS*, BOSTON/LONDON, 1991
- FDUL/APDI, *DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*, I, COIMBRA, 1999

(*) Recolhem-se apenas títulos especializados de monografias e obras colectivas. Em nota são referidos outros elementos bibliográficos, especialmente indicações abreviadas de artigos de revista e remissões para documentos oficiais (por ex., Comunicações e Livros Verdes da Comissão Europeia). As referências legislativas e jurisprudenciais surgem também em nota.

- FIEDLER (HRSG.), *RECHTSPROBLEME DES ELEKTRONISCHEN PUBLIZIERENS*, KÖLN, 1992
- GARBY, *LES CONTRATS DE MICRO-INFORMATIQUE: CONSTRUCTEURS, DISTRIBUTEURS, UTILIZATEURS*, PARIS 1984
- GIANNANTONIO (ED.), *LAW AND COMPUTERS*, I, ROME, 1989, II, MILANO, 1991
- GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY*, NEW YORK, 1994
- GONÇALVES, PEDRO, *DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES*, COIMBRA, 1999
- G. VON WESTPHALEN, *LEASINGVERTRAG*, KÖLN, 1992
- HELGE SCHÄFER, *TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ*, KÖLN 1998
- HEYMANN (HRSG.), *INFORMATIONSMARKT UND INFORMATIONSSCHUTZ IN EUROPA*, 1995
- HEREDERO HIGUERAS, *LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL*, PAMPLONA 1997
- HILTY (HRSG.), *INFORMATION HIGHWAY (BEITRÄGE ZU RECHTLICHEN UND TATSÄCHLICHEN FRAGEN)*, MÜNCHEN, 1996
- HOEREN, *RECHTSFRAGEN DES INTERNET*, KÖLN, 1998
- , *SOFTWAREÜBERLASSUNG ALS SACHKAUF*, MÜNCHEN, 1989
- HUET/MAISL, *DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS*, PARIS, 1989
- I CONTRATTI DI INFORMATICA*, A CURA DI ALPA/ZENO-ZENCOVICH, MILANO, 1987
- I CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE DEL COMPUTER* (A CURA DI GUIDO ALPA), MILANO 1984
- ISABEL HERNANDO, *CONTRATOS INFORMATICOS*, SAN SABÁSTIAN, 1995
- ITEANU, *INTERNET ET LE DROIT. ASPECTS JURIDIQUES DU COMMERCE ELECTRONIQUE*, PARIS, 1996
- JONGEN / MEIJBOOM (ED.), *COPYRIGHT PROTECTION IN THE EC*, DEVENTER-BOSTON, 1993
- JÜRGEN (HRSG.), *RECHTSPROBLEME INTERNATIONALER DATENNETZE*, BADEN-BADEN, 1996
- KESSLER, *LE LOGICIEL. PROTECTION JURIDIQUE*, PARIS 1986
- KOCH/SCHNUPP, *SOFTWARE-RECHT*, BERLIN, 1991
- LA TUTELA GIURIDICA DEL SOFTWARE*, A CURA DI ALPA, MILANO, 1984
- LAMBERTERIE, *LES CONTRATS EN INFORMATIQUE*, PARIS, 1983
- LE DROIT DES 'CONTRATS INFORMATIQUES': PRINCIPES ET APPLICATIONS* (DIR. MICHEL POILLET ET ALLI), BRUXELLES 1983
- LEHMANN (HRSG.), *RECHTSSCHUTZ UND VERWERTUNG VON COMPUTERPROGRAMMEN*, 2. AUF., KÖLN, 1993
- LEHMANN (HRSG.), *INTERNET- UND MULTIMEDIARECHT (CYBERLAW)*, STUTTGART, 1997
- / TAPPER (ED.), *A HANDBOOK OF EUROPEAN SOFTWARE LAW*, OXFORD 1993
- LOWENHEIM/KOCH (HRSG.), *PRAXIS DES ONLINE-RECHTS*, WEINHEIM, 1998
- M. PUPO CORREIA/J. MARIANO, *INTRODUÇÃO À PROBLEMÁTICA JURÍDICA DO EDI*, 2 ED., LISBOA, 1991
- MALZER, *DER SOFTWAREVERTRAG*, KÖLN 1991
- MARTINEK, *MODERNE VERTRAGSTYPEN*, I-III, MÜNCHEN, 1991/93
- MENDES, RIBEIRO, *CONTRATOS INFORMÁTICOS, CADERNOS DE CIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO*, 1993
- MILLARD, *LEGAL PROTECTION OF COMPUTER PROGRAMS AND DATA*, LONDON, 1985

- MONTEIRO, A. PINTO, A RESPONSABILIDADE CIVIL NA NEGOCIAÇÃO INFORMÁTICA, IN *DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*, I, COIMBRA, 1999
- MORGAN/STEDMAN, *COMPUTER CONTRACTS*, 4 ED. LONDON 1991
- MORITZ/TYBUSSECK, *COMPUTERSOFTWARE: RECHTSSCHUTZ UND VERTRAGSGESTALTUNG*, 2. AUFL., MÜNCHEN, 1992
- PAGENBERG/GEISSLER, *LIZENZVERTRÄGE*, 3. AUFL., KÖLN, 1991
- PEARSON, *COMPUTER CONTRACTS*, DEVENTER, 1984
- PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *COMÉRCIO ELECTRÓNICO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DA SEGURANÇA TÉCNICA À CONFIANÇA JURÍDICA*, COIMBRA, 1999
- , *INFORMÁTICA, DIREITO DE AUTOR E PROPRIEDADE TECNODIGITAL*, DISSERTAÇÃO DE MESTRADO, COIMBRA 1998
- , *CONTRATOS DE "SOFTWARE"*, IN ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *DIREITO DOS CONTRATOS E DA PUBLICIDADE* (TEXTOS DE APOIO AO CURSO DE DIREITO DA COMUNICAÇÃO), COIMBRA 1996
- PERRITT JR., *LAW AND THE INFORMATION SUPERHIGHWAY*, NEW YORK, 1996
- PIETTE-COUDOL/ BERTRAND, *INTERNET ET LA LOI*, PARIS, 1997
- PÖTZSCH, *DIE RECHTLICHE EINHEIT VON HARDWARE UND SOFTWARE*, BERLIN, 1991
- PRES, *URheberRECHTLICHE SOFTWARE-LIZENZVERTRÄGE*, KÖLN, 1994
- RENNIE, *COMPUTER CONTRACTS HANDBOOK*, LONDON 1985
- RIBAS ALEJANDRO, *ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMÉRCIO ELECTRÓNICO EN INTERNET*, PAMPLONA, 1999
- RISTUCCIA / ZENO-ZENCOVICH, *IL SOFTWARE NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA (CON 40 DECISIONI DI GIUDICI ITALIANI)*, PADOVA, 1990
- ROCHA, M. LOPES, *DIREITO DA INFORMÁTICA: ESTUDO INTRODUTÓRIO*, LISBOA, 1994
- , "CONTRATOS DE LICENÇA DE UTILIZAÇÃO E CONTRATOS DE ENCOMENDA DE 'SOFTWARE' ", IN *NUM NOVO MUNDO DO DIREITO DE AUTOR*, II, LISBOA 1994
- / PEDRO CORDEIRO, *A PROTECÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE*, 2.^a ED., LISBOA, 1995
- / MACEDO, MÁRIO, *DIREITO NO CIBERESPAÇO*, LISBOA, 1996
- / *DIREITO DA INFORMÁTICA NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES* (1990-1998), PORTUGAL 1999
- / MARTA RODRIGUES, MIGUEL ANDRADE / M. PUPO CORREIA / HENRIQUE CARREIRO, *AS LEIS DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO*, LISBOA, 2000
- ROSSNAGEL, *RECHT DER MULTIMEDIA-DIENSTE: KOMMENTAR*, MÜNCHEN/KÖLN, 1999
- SAAVEDRA, *A PROTECÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE E A INTERNET*, LISBOA, 1998
- SCHAMING, *LE DROIT DU LOGICIEL*, PARIS 1990
- SCHNEIDER, *PRAXIS DES EDV-RECHTS. RECHT DER BESCHAFFUNG, DES BETRIEBS, DER WARTUNG UND PFLEGE VON COMPUTERANLAGEN UND -PROGRAMMEN, INSBESONDERE EDV-VERTRAGSRECHT*, KÖLN, 1990
- SCOTT, *MULTIMEDIA: LAW AND PRACTISE*, NEW YORK, 1993
- SÉDALLIAN, *DROIT DE L'INTERNET*, PARIS, 1997
- SCHOURLE/LEHR/MAYEN, *TELEKOMMUNIKATIONSRECHT*, MÜNCHEN, 1997
- LONGO, *DER SOFTWAREHERSTELLUNGSVERTRAG*, ZÜRICH 1991
- VIRICEL, *LE DROIT DES CONTRATS INFORMATIQUES*, PARIS 1984

VIVANT/LE STANC/RAPP/GUIBAL, *LAMY DROIT INFORMATIQUE: INFORMATIQUE, TÉLÉMATIQUE, RESEAUX* (SOUS LA RESPONSABILITÉ DE MICHEL VIVANT), PARIS, 1992

WWW.DIGITAL-FORUM.NET [JURINET]