



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DIREITO DA INFORMÁTICA

(ESTUDOS)

Vol. IV

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Estudos incluídos neste volume

- Licenças de software e outros contratos informáticos
- Direitos de autor e acesso à Internet: uma relação tensa
- Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa
- Os direitos de autor e a educação na República electrónica (entre o acesso e a exclusão)
- Protecção jurídica e exploração negocial de programas de computador
- Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação
- Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador
- O Código do Direito de Autor e a Internet
- Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores
- A introdução da Televisão Digital Hertziana Terrestre em Portugal (TDT)
- Contratos de telecomunicações (aspectos jurídico-contratuais da regulação das telecomunicações)
- Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica á confiança jurídica

LICENÇAS DE SOFTWARE E OUTROS CONTRATOS INFORMÁTICOS*

Introdução

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 fator 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 imperativos de interesse geral postulados, nomeadamente, pela proteção 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 umnexo 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.

O setor das tecnologias informáticas, em especial no domínio do *software*, é um setor em permanente “ebulição”. O *software*, que ontem era a última novidade, pode ser hoje obsoleto, em virtude dos programas mais recentes. Atualizar 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 fator tempo assume extrema importância no que respeita, 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 proteção 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

* Baseado em “Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas (alguns aspetos jurídico-contratuais)”, ROA 59/III (1999) 915-1000.

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

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

invenções suscetíveis de proteção pelo direito das patentes, juntamente com outras ideias¹. Por outro lado, a tese da proteção *sui generis*, defendida por muitos, só indiretamente 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 proteção, 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), etc². A única exceção terá sido a Bulgária, que adotou um regime *sui generis* para proteger o *software*.

Proteção jurídica e licenças de software

Em 1991, a Comunidade Europeia adotou a chamada “Diretiva-Software”,³ determinando que “os Estados-membros devem conceder proteção 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 preparatórios⁴, remontando ao Livre Verde da Comissão sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia, no quadro da política de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de propriedade intelectual e industrial, traçada no seu livro Branco sobre a realização do Mercado Interno.

A internacionalização da proteção do *software* pelo direito de autor⁵, enquanto obra literária, atingiria o seu auge no âmbito das negociações do GATT, com o artigo 10.º do Acordo ADPIC⁶: “Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objeto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”⁷; e, mais recentemente, com o artigo 2.º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor⁷.

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 titular dos direitos

¹ 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.

² Cfr. Zeno-Zencovich, *Le leggi sulla tutela dei programme per elaboratore in Italia e nel Mondo*, Padova 1992, p. 1 ss

³ Diretiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

⁴ Sobre os trabalhos preparatórios da diretiva-software, Vinje, DIT 2/1992, p. 13 s.

⁵ O problema da proteção 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 proteção 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 proteção 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. Aufl., 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.

⁶ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, de 15 de abril de 1994 (TRIPS/ADPIC).

⁷ Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor, aprovado pela Conferência Diplomática de Genebra, em dezembro de 1996.

concede a outrém 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 setor da propriedade industrial”¹.

Por essa razão, fala-se, aliás, de uma “*Lizenzkultur*”². E, no universo da prática negocial emergem as mais diversas “constelações contratuais” de licenças³. 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 (sistemas 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 respetivo detentor da licença, em harmonia com o princípio “cedência funcional” (*Zweckübertragungsgrundsatz*), que encontra, *mutatis mutandis*, equivalente no gaulês 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 “endógenos” (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 proteção da livre concorrência na economia de mercado⁴.

Embora a *praxis* do comércio jurídico seja muito mais rica, refletindo 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, respetivamente, 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

¹ Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, Coimbra 1996, p. 356.

² Cfr. Lehmann, CR 1993, p. 268; Idem, NJW 1993, p. 1822.

³ Cfr. Pres, CR 1994, p. 520 s; Idem, *Urheberrechtliche Software-Lizenzverträge*, Köln 1993, *passim*.

⁴ Cfr. Lehmann, EWS 1994, p. 293 s.

programa, destinando-se a permitir a um utilizador final participar, também *sine domino*, na sua área reservada de uso¹.

Assim, consoante se enquadrem na participação do monopólio de exploração intermediária ou na área de reserva de uso primário, os acordos de licença incidirão, respetivamente, sobre o programa ou sobre cópias suas, enquanto objeto 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 atribui². Refira-se, ainda, que tem sido proposta a aproximação das licenças de produção e/ou distribuição a determinadas figuras contratuais, como sejam, respetivamente, a edição e os contratos de distribuição, *maxime* a concessão e, em certos termos, a franquia³.

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 Diretiva Programas de Computador⁴, 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 transação 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 cópias suas, conservando o monopólio de exploração. Inserem-se, portanto, no quadro dos contratos de direitos de autor que não têm por objeto a cessão ou transmissão de direitos, mas antes a exploração do programa ou a utilização de cópias suas⁵.

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

¹ Cfr. *Contratos de "Software"*, p. 127.

² Cfr. Lehmann, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang, *Urhebervertragsrecht*, Fs Schrickler, München, 1995, p. 543.

³ 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.

⁴ Diretiva n.º 91/20/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

⁵ Veja-se, nomeadamente, Boytha, Freitas, Dd'A 1991, p. 210 s, p. 232 s.

individualizada 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 — atuando 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 respetiva utilização de uma sua cópia. Se, porém, for possível adaptar um programa existente no mercado às suas necessidades, a adaptação poderá ser efetuada pelo próprio distribuidor, nos termos da respetiva licença de distribuição¹. Por último, se 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 respetiva licença de utilização junto do distribuidor.

Encomenda de *software individual* e compra e venda de *software standard*

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 efetuado, 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 consultadoria² 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 consultadoria³. 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 programa⁴ (1); a obrigação de acautelar — *l'obligation de mise en garde* — o cliente, chamando a sua atenção para as precauções necessárias indispensáveis para a utilização segura do produto (2)⁵; (c) 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,

¹ 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-objeto, 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 atualizações ou *updates*), a adaptação do programa às necessidades específicas do utilizador, operações 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 Computerprogrammenn*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammenn*, 2. Aufl., München, 1993, p. 127-30; Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, Köln, 1996, p. 141-2.

² *Beratungsverträge; contrat de conseil; Consulting ou Management Contract.*

³ 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*, ns^o 72 s, esp. ns. ^o 392 s.

⁴ Por exemplo, mediante documentação técnica informativa, e não meros prospectos publicitários, etc.

⁵ 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.

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" ¹. 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); (b) e a obrigação de informar o fornecedor, nomeadamente, no que respeita aos meios informáticos de que já dispõe, aos objetivos 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 atividade que exerça, objetivos, etc.), e propõe, num caderno de engargos 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), quer se trate de um novo programa a criar segundo aquele conceito. No direito comparado, o contrato de consultadoria informática este contrato é qualificado como *contrat d'entreprise*² e *Werkvertrages*³.

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 cópia⁴. Em termos de enquadramento jurídico, este contrato comunga do contrato de encomenda de obra⁵.

Quanto ao problema de saber se a encomenda de *software*, enquanto encomenda de obra, é assimilável, em termos gerais, ao contrato de empreitada⁶, importa referir que no direito comparado a opinião dominante na doutrina, seguida pela jurisprudência, favorece a sua qualificação como *contrat d'entreprise*⁷, *Werkvertrag*¹, e *contratto di appalto*², não sendo essa solução prejudicada pela natureza incorpórea dos programas de computador³.

¹ Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra 1989, p. 408.

² *Lamy droit informatique*, nº 105 s; Pouillet, *Contrats de logiciels*, p. 132-3; D'Hamale/Evrard, *Le contrat de conseil*, p. 193 s.

³ Schneider, *EDV- Rechts*, p. 353 s; Martinek, *Moderne Vertragstypen*, II, p. 327.

⁴ 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.

⁵ Cfr. art. 14.º CDA, art. 3.º, 3, DL 252/20.10.

⁶ Art. 1207.º do Código Civil.

⁷ Cfr. *Lamy droit informatique*, nº 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*

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 objeto uma obra eminentemente intelectual ou artística"⁴, 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)"⁵. 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 inominado⁶, aproximando-se, agora, da orientação doutrinal que se opõe à qualificação da encomenda de obra como empreitada⁷.

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 respetiva 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 diretamente 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. É nos termos desta que ele pode efetuar 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 efetuar estas operações são transmitidos, não ao cliente, mas ao concedente da licença de distribuição.

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 restantes contratos relativos à prestação de prestações de serviços de assistência e manutenção ("Wartung"), predomina a sua qualificação, respetivamente, como

informatique, p. 96; Viricel, *Le droit des contrats de l'informatique*, p. 163; Poulet, *Contrats sur la fourniture de logiciels*, p. 341.

¹ 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.

² 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").

³ 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).

⁴ BMJ n.º 331, 1983, p. 489.

⁵ 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.

⁶ BMJ n.º 374, 1988, p. 449 s.

⁷ Antunes Varela, ROA 1985, p. 159 s; Batista Machado, RJJ Ano 118º, p. 278; Calvão da Silva, ROA 1987, p. 129 s; recentemente, pronunciando-se pela natureza *sui generis* da encomenda de obra, Rebello, *Introdução*, 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).

Werkvertrag ou *Diensvertrag*¹, *contrat d'entreprise* ou *louage d'ouvrage*², e *contratto di appalto di servizi*³.

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 respetiva licença de utilização junto do distribuidor. Nestes casos, ao considerar que a cópia pode ser vendida, a Diretiva Programas de Computador⁴ parece ter proposto uma solução para o problema da qualificação jurídica das chamadas "licenças de utilização de suporte lógico".

É uma questão muito debatida, que não é pacificamente admitida entre nós. Concordamos com a caracterização desta figura como contratos de licença⁵, embora admitamos que o título de licença de utilização de uma cópia de um programa de computador possa ser, verificados certos requisitos, objeto de compra venda⁶.

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, CDADC⁷, como "o ato de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, sem limite de tempo e com benefícios comerciais diretos ou indiretos". Na verdade, se esta forma de distribuição consiste numa venda, então parece que o ato 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 objeto de regulamentação específica." ⁸

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 respetivo conteúdo, de acordo com o princípio da liberdade contratual⁹. 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 objeto misto,

¹ 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.

² Cfr. *Lamy droit informatique*, n.º 222; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 109; Poulet, *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.

³ Alpa e Lanzillo, in Alpa, *Contratti*, p. 15 e p. 39, respetivamente; Finocchiaro, CI 1991, p. 117, n. 54.

⁴ Considerando 17, in fine.

⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, cit., p. 356.

⁶ Cfr. *Contratos de 'Software'*, p. 172 s.

⁷ Prevendo a venda como uma forma de distribuição, juntamente com o aluguer e o comodato.

⁸ 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, p. 59, 207 s.

⁹ Art. 405.º do Código Civil.

complexo ou *sui generis*"¹. Isto significa, portanto, interessa apurar, em primeira linha, independentemente da denominação que a *praxis* atribua a estes contratos os elementos negociais "com virtualidade informadora típica"².

No direito comparado, *maxime* nos países da *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 suscetível de ser regida pela aplicação analógica dos critérios prescritos no BGB para a "Sachkauf"³ na medida em que se verificassem, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) ter como objeto *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'")⁴. 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 objeto "ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm, also eine körperliche Sache"⁵. E, era com fundamento neste argumento que uma certa orientação doutrinal entendia que a "unbefristete Überlassung von Standardsoftware", no seu "Standardfall"⁶, se deveria qualificar, nos termos do § 433 I 1 BGB, como "Sachkauf". E assim seria, porque o "Standardsoftware" revestia natureza jurídica de objeto corpóreo móvel⁷, 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"⁸.

Porém, o BGH pronunciava-se noutro sentido, com o apoio da doutrina dominante⁹. 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

¹ 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).

² Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra 1967, p. 667, n. 356.

³ Cfr. §§ 433 *et seq.* (*maxime* as prescrições dos vícios e defeitos § 459 *et seq.*) BGB.

⁴ 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).

⁵ BGH, NJW 1988, p. 408.

⁶ 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.

⁷ § 90 BGB.

⁸ Cfr. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, p. 22, 30, 36; veja-se também, Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 250 s.

⁹ 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, *Software-Lizenzverträge*, p. 170 s; Zahrnt, CR 1994, p. 456 s.

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"¹ 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 acordo com o §32 UrhG, com limites espaciais, temporais ou de conteúdo, o contrato seria reconduzido a um "Mietähnlicher Vertrag"², 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"³. De igual modo, o entendimento doutrinal dominante defendia a recondução ao tipo "Kaufvertrag" do contrato de "Softwareüberlassung" pelo qual se transaciona 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.* BGB⁴. 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 ações suscetíveis de afetarem as suas possibilidades de exploração, como por ex., as chamadas cláusulas CPU, "floating", "field of use"⁵. Em qualquer caso, ao utente legítimo seriam garantidos, como "Mindesrechte", as faculdades de carregamento e de funcionamento, a correção de erros, a execução de uma cópia de apoio, os 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*⁶. 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 proteção do tráfego jurídico e pelo princípio da liberdade da concorrência. Assim, as estipulações contratuais encontrar-se-iam sujeitas ao controlo previsto pelo "AGB-Gesetz" e pelo "Kartellrecht", considerando-se, nomeadamente, como contrária ao §9 II AGB-Gesetz a "Formularklauseln", e contrária aos §§ 15, 18 GWB a "Individualvertragliche", que proibisse a alienação, onerosa ou gratuita, da cópia de um programa

¹ §§ 433 *et seq.* BGB.

² §§ 581 *et seq.* BGB.

³ Moritz, CR 1994, p. 261.

⁴ 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, *Softwarelizenzverträge*, p. 234-5; Zahrt, CR 1994, p. 456 s; Voss, CR 1994, p. 450.

⁵ Cfr., por ex., Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Pres, CR 1994, p. 524.

⁶ Cfr. Haberstumpf, GRUR Int. 1992, p. 718.

que tivesse sido objeto de "compra", porquanto esta transação teria esgotado ("Erschöpfungsgrundsatz") o direito de distribuição dessa mesma cópia. No entanto, tal estipulação já não seria inválida se a cópia do programa fosse objeto de um contrato de licença de uso temporário¹.

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'utilisation de logiciel" qualificar-se-ia como *louage* de bem incorpóreo, mesmo que o respetivo suporte tivesse sido objeto de um contrato de compra e venda, porque tal não implicaria a transmissão ou *cession* de direitos de autor sobre o programa². Assim, nomeadamente, num contrato de *prologiciel* "tear-me-open" dever-se-ia distinguir, por 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 o utilizador³. Porém, alguns autores entendem que o *prologiciel* seria suscetível de ser considerado como incorporado no suporte, não sendo o programa mais do que uma mera qualidade da coisa corpórea que lhe serve de suporte⁴. Assim, o contrato oneroso entre o fornecedor e o utilizador teria por objeto 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 exemplar⁵, "dans la limite que lui assigne le monopole", no exercício do "droit de destination"⁶. 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*"⁷.

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*⁸. Numa outra perspetiva, 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 indeterminada⁹.

A complexidade do problema aumenta nos casos de aquisição de *software* mediante transmissão eletrónica entre sistemas informáticos. Com efeito, nos casos em que a concessão da utilização de

¹ Cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 722; Pres, CR 1994, p. 524.

² Cfr. Lamy *droit informatique*, n° 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° 216; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 236 s; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 162, n. 592)

³ Cfr. Vivant, *Le contrat dit de tear-me-open*, p. 100.

⁴ Cfr. Pouillet, *Contrats de logiciels*, p. 340-1.

⁵ Reconduzido à coisa corpórea ou suporte material de fixação do programa, que mais não seria do que uma qualidade daquela.

⁶ Gaudrat, DIT 2/1986, p. 62, 64, 67.

⁷ Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 80, p. 11.

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

⁹ Cfr. Sbisà, in Alpa (a cura), *Contratti di utilizzazione*, p. 32-3; Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 249.

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 necessário¹. Tal sucederia, justamente, no grupo de casos de "Telesoftwareerwerb" em que a cópia do programa é fornecida mediante transferência eletrónica². 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 rapporti contrattuali"³.

Assim, não seria em função da natureza jurídica da coisa que constitui objeto destes contratos que se apuraria a sua qualificação jurídica, porquanto essa seria sempre e invariavelmente a mesma, quer a cópia seja transacionada 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 beabsichtigt. Der Schwerpunkt des Leistungsaustausches liegt auf dem materiellen Inhalt, dem Computerprogramm."⁴.

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 respetivas cópias no âmbito de aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁵. 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*⁶.

Independentemente do enquadramento jurídico a que uma particular licença venha a ser sujeita, são garantidas ao utente legítimo determinadas faculdades de utilização da cópia⁷. 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

¹ Zahrnt, CR 1994, p. 457 ("Die Lieferung eines Datenträgers ist zwar nicht essentiell und nicht einmal nötig.")

² A chamada "Datenfernübertragung—DfÜ", que se oferece, designadamente, nas modalidades de "Mailbox" ou de "Bildschirmtext—Btx-Netz".

³ 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.

⁴ Pres, CR 1994, p. 520.

⁵ 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*, Hoeren, Endler/Daub, CR 1993, p. 129 s, p. 601 s; contra, Moritz, CR 1994, p. 263.

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

⁷ Cfr. art. 9.º, 1, *in fine*, e cons. 17 Diretiva Programas de Computador.

seguintes faculdades mínimas¹: a faculdade de praticar as operações de carregamento e funcionamento necessárias à utilização da cópia o número de vezes que quiser, uma vez que o número de vezes que o utente legítimo faz uso da cópia não afeta o interesse de participação do titular de direitos de proteção (1); a faculdade de correção dos erros da cópia necessária à sua utilização, entendendo-se que não inclui certas ações de manutenção (*Wartung, Maintenance*), em especial a adaptação que melhore o programa ou a instalação de novas versões, porquanto tais operações afetam 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 diretiva².

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 objeto 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 económica³.

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 Diretiva Programas de Computador: "na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia tenha sido vendida, qualquer outra ação [para além das operações de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização da cópia pelo sue adquirente legítimo, bem como a correção dos respetivos erros] necessária à 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 no caso de, 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 direitos⁴.

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.

¹ Os chamados "Minimalrechten der legitimen Nutzer" ou "Die Mindestbefugnisse der berechtigten Nutzer von Software", Lehmann, NJW 1993, p. 1823.

² Cfr. Smith, CLJ 1992, p. 597 s; Singleton, CL&P 1993, p. 52 s.

³ Cfr. art. 4.º-c, Diretiva Programas de Computador.

⁴ Cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 717, 722.

Relativamente ao primeiro ponto, alguns autores sustentam que são suscetíveis 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"¹, ainda que se sustente que estas "tying clauses" possam ser justificadas, em certos termos, por razões técnicas e de manutenção de qualidade².

Quanto 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 extracontratuais³, pois que "la clause exonératoire fait partie de la liste 'noire' des clauses interdites de façon absolue"⁴. 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 extracontratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível"⁵.

O sistema informático como objeto de contratos (chaves na mão, leasing, outsourcing)

Os sistemas informáticos constituem objeto 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".

Interessa começar por encontrar uma caracterização de sistema informático. Com efeito, sendo este o objeto 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 Informática⁶, 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

¹ 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.

² 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.

³ 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 Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores).

⁴ Pinto Monteiro, BFD 1993, p. 171.

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

⁶ Lei n.º 109/91 de 17 de agosto.

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)¹.

Não vamos adotar aquela definição legal de sistema informático como um conceito definitório 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 contratos cujo objeto 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.

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 formados 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, as regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (art. 405.º).

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 abstrato, nada obsta a que os contratos de sistemas informáticos possam ser reconduzíveis a tipos jurídico-contratuais. Pelo contrário, neles poderão colher o respetivo 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 perspetiva 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 tráfego jurídico, mas antes da análise das cláusulas estipuladas em concreto pelas partes no exercício da liberdade contratual. Pois que, com efeito, em abstrato, 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,

¹ 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 eletrónicos. A Lei da Criminalidade Informática define-a (art. 2.º, d/e) em termos próximos à Lei da Proteção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores (Lei n.º 16/89, de 30 de junho, que transpõe a Diretiva 87/54/CEE do Conselho, de 16 de dezembro de 1986, relativa à proteção jurídica das topografias de produtos semicondutores).

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 objeto 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 abstrato 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 dos contratos 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 eletrónicos de informação.

Sistemas Informáticos “chaves na mão”

Os contratos de sistema informático “chaves na mão”¹ 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.

Trata-se este de um contrato dito de *engineering*, que tem por finalidade a informatização das atividades de um cliente. Este, para o efeito, contrata com uma empresa especializada no setor da tecnologia informática, um consultor informático (*conseil en informatique; system house*), a realização de um projeto de informatização. Para a elaboração desse projeto, a *system house* estuda a atividade 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 arquitetos 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, correção de erros e adaptação do programa, atualização do sistema, etc.).

Depois, o projeto de informatização das atividades 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 suscetíveis de integrarem o sistema informático cuja aquisição se propõe. Em suma, a *system house* é incumbida de conceber ou projetar 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 projeto.

¹ *Clé en main, chiavi in mano, turnkey agreements, Systemvertrag.*

Por outro lado, a *system house* pode ainda ser encarregada da execução do projeto 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 respetivo cumprimento.¹

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*.² De todo o modo, o contrato de sistema informático é celebrado, com um ou mais fornecedores, na sequência de um projeto de informatização concebido por uma *system house*, tendo por objeto equipamentos (*hardware*), programas (*software*), e a respetiva instalação, bem como serviços de assistência e de manutenção 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 objeto deste contrato é constituído não por cada uma das coisas sobre que recaem 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 todo³, tal como foi projetado 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 suscetível 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, suscetível de ter o estatuto permanente de objeto de direitos.

¹ Veja-se, por exemplo, Schneider, *Praxis des EDV-Rechts*, Köln, 1990, p. 353 s, p. 754 s.

² 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 letivo 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 notas).

³ Como um “conjunto”, na definição da Lei da Criminalidade Informática.

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 radicando num lastro corpóreo e num complexo de relações jurídicas. Com efeito, para realizar o sistema informático são estabelecidas relações jurídicas com um ou mais fornecedores¹. 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 objeto de relações jurídicas, por exemplo, de compra e venda, de locação, de comodato, etc. Assim, nomeadamente, poderá ser objeto 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, objeto 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 objeto essencial da locação². O Tratado OMPI sobre Direito de Autor, adotado em Genebra em dezembro de 1996, consagrou este direito de locação em termos idênticos³. Na verdade, quer nos contratos de sistema informático quer, como veremos, nos contratos de *outsourcing*, os programas de computador não constituem objeto essencial da locação, sendo antes apenas um dos elementos que compõem o objeto do contrato.

Por outro lado, na medida em que a prestação do fornecedor ou fornecedores recaia sobre objetos distintos, distintos serão também os respetivos 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 suscetíveis de serem considerados como coisas acessórias do equipamento⁴, pela mesma razão que o não são os programas aplicativos relativamente aos respetivos suportes materiais (por ex. disquetes). Trata-se de coisas de natureza distinta sujeitas a regimes de proteção diversos, iguais considerações valendo para as topografias de produtos semicondutores. Não porque não possam constituir objeto 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

¹ 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.

² Cfr. Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (1994), art. 11.º, 1.ª parte, e *in fine*.

³ Cfr. Tratado OMPI sobre direito de autor (1996), art. 7.º.

⁴ 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.

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, respetivamente, 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 no Acórdão 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 partes¹. 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 informático² cuja realização se pretende no quadro de uma pré-concebida organização funcional que o contradistingue e individualiza enquanto ente *a se stante*.

Leasing de sistema informático

A informatização de uma empresa exige na maior parte dos casos avultados investimentos financeiros, nem sempre dispondo as empresas de recursos financeiros que lhe 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.

Trata-se o contrato de *leasing* de uma modalidade negocial surgida nos anos 50 no seio do universo da prática contratual norte-americana. Atualmente, o contrato de locação financeira (*leasing, credit-bail*) é um contrato típico e nominado³, distinguindo-se de figuras afins como os contratos de locação simples⁴, de arrendamento⁵, de locação-venda (misto), de venda a prestações⁶, 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

¹ 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.

² Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 354.

³ Inicialmente previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de junho, o contrato de locação financeira encontra atualmente 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). Sobre o contrato de «leasing» vide, nomeadamente, Jean Calais-Auloy, *Crédit-Bail (Leasing)*, in Recueil, 1981, pp. 1-11; Orlando Gomes/Antunes Varela, *Direito Económico*, S.Paulo, Saraiva, 1977, pp. 229 ss; Rui Pinto Duarte, *A locação financeira, Estudo jurídico do leasing financeiro*, Lisboa, Danubio, 193.

⁴ Art. 1022.º do Código Civil.

⁵ Vide, especialmente, o Regimes do Arrendamento Urbano (DL 312-B/90, 15.10).

⁶ Art. 934.º do Código Civil.

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 respetivos contratos. Não celebram, no entanto, qualquer contrato, encontrando-se o fornecedor apenas numa situação de oferta negocial. E daí que atue 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 informático¹, 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 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 objeto do contrato, celebrando com o ou os fornecedores os respetivos contratos²; (II) conceder o gozo do sistema informático à empresa para os fins a que se destina pelo prazo do contrato³, 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 contrato⁴; 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 financeira⁵; (II) suportar despesas de instalação, reparação e de seguro⁶; (III) não pode ceder a sua posição contratual sem autorização expressa do locador, exceto 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*⁷. A sociedade de locação financeira poderá, entre outros, transmitir o seu direito e examinar o sistema informático, sem prejuízo da atividade normal da empresa locatária (cf. 9.º, 2-b).

¹ Por exemplo, qualidades funcionais, características técnicas, preço, condições de instalação, etc.

² 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 objeto bens alheios dada a sua natureza consensual (art. 1034.º Código Civil).

³ Que deverá corresponder ao período presumível de utilização económica do sistema, por ex., 5 anos (art. 6.º, 2).

⁴ A faculdade de opção parece dever entender-se, não como uma promessa unilateral de venda, mas antes como um direito potestativo de opção.

⁵ Cfr. art. 4.º, 1, consagrando a chamada técnica do "parenting".

⁶ 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).

⁷ A oponibilidade *erga omnes* do seu direito resultará, por um lado, da regra *emptio non tollit locatum*, e, por outro lado, da extensão objetiva dos meios de tutela possessória (cfr., respetivamente, arts. 11.º, 4, 10.º, b/c, do CLF, e arts. 1057.º, 1037.º, 2, do Código Civil).

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)¹. 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.²

Alguns autores consideram que os programas de computador, pela sua natureza incorpórea, não poderão constituir objeto 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 objeto 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 objeto quaisquer bens suscetíveis de serem dados em locação. Ora, desde logo, os programas de computador podem ser dados em locação³.

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 objeto do contrato de locação financeira é suscetível 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 suscetível de constituir objeto de relações jurídicas. Com efeito, apesar de não ser uma coisa móvel, pelo menos enquanto coisa corpórea, parece-nos que o sistema informático é suscetível 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 objeto dos contratos de locação financeira — atento o fundamental papel desempenhado atualmente pela informática, nomeadamente pelos programas de computador, em todos os setores produtivos da economia —, seria seriamente comprometida a modernização das empresas, afetando a sua competitividade, e, em último termo, o próprio interesse geral, porquanto encontrar-se-iam privadas de recorrer ao financiamanento 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 atualidade. Assim, quer se trate de um sistema informático, quer se trate de *harware* puro, quer se

¹ 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.

² 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.

³ Cfr. art. 4.º, c, da Diretiva n.º 91/20/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção 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 proteção 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. Diretiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de dezembro de 1986, relativa à proteção jurídica das topografias de produtos semicondutores, art. 5.º, e art. 1.º, 1-c).

trate de suportes lógicos, estes bens deverão ser considerados bens de equipamento informático, suscetíveis, enquanto tal, de constituírem objeto 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 objeto 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 suscetível 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 objeto 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 objeto essencial da locação.¹

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 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 realizar². Em termos de natureza jurídica, tratar-se-á normalmente de um contrato sinalagmático, aleatório, concluído a título oneroso e de execução sucessiva.

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 diretamente no seu património, ou cubram a eventual dívida de responsabilidade que nasça no património do segurado³.

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

¹ Cfr. art. 4.º, al. c), Diretiva 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.

² Cfr. G. Brière de l'Isle, *Droit d'assurances*, 1973, p. 13, apud *Lamy droit informatique*, p. 834.

³ Em especial, neste caso, o produtor e o fornecedor de equipamentos e suportes lógicos, os prestadores de serviços informáticos, etc.

cobertura de todos os riscos relativos aos bens visados no contrato, exceto os que foram expressamente excluídos. O contrato de seguro informático pode cobrir os prejuízos diretos¹ e os prejuízos indiretos². Por outro lado, serão excluídos do seguro, entre outros, riscos relativos: ao risco em sentido próprio, como seja o facto danoso; à natureza do bem; ao estatuto jurídico do bem; ao modo como o bem é utilizado³.

A determinação do risco é especialmente delicada no âmbito dos contratos de seguro de riscos informáticos. Com efeito, ao dano direto junta-se frequentemente o dano indireto, difícil de discernir e, sobretudo, de avaliar quantitativamente, uma vez que a atividade 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 suscetíveis de afetarem um sistema informático: naturais⁴, técnicos⁵, humanos⁶, sociais⁷. 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 objeto do seguro os danos periféricos resultantes do dano principal⁸.

Outsourcing de sistema informático

O *outsourcing* caracteriza-se, em termos gerais, pela transferência a terceiro de um setor de atividade 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 ex., o *factoring*⁹), a produção, o *marketing* e os recursos humanos, estes são exemplos de tarefas que constituem crescentemente objeto de *outsourcing*, juntando-se a outras atividades como os serviços de segurança, de limpeza ou de *catering*.

Este fenómeno é informado por um princípio estratégico muito importante na atual 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 diretamente 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 atualmente na ordem dos 15% a 20 % por ano, atingindo já um volume de negócios de

¹ Por exemplo, o incêndio de um computador, que importará substituir, ou o apagamento de dados, que importará reconstruir.

² Por exemplo, perdas de exploração ou despesas suplementares resultantes da avaria ou falha do sistema informático.

³ Assim, serão excluídos, por exemplo, acontecimentos não incertos, como o desgaste do sistema resultante da sua exploração, danos causados por ação culposa, intencional ou dolosa, do segurado, danos provenientes de guerra, etc.

⁴ Por exemplo, tremor de terra, inundação, etc.

⁵ Por exemplo, avaria do equipamento, erros de programação, etc.

⁶ Por exemplo, doença dos trabalhadores, acidentes diversos, etc.

⁷ Por exemplo, instalação defeituosa dos equipamentos, "infeção" dolosa dos programas com vírus, perda ou roubo de documentos, etc.

⁸ Por exemplo, os danos sofridos com a paralisação da empresa por causa da avaria do sistema informático.

⁹ 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 fator 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 atividade 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 letivo de 1995/1996), Coimbra, 1996.

aproximadamente 10 bilhões 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*¹. Na realidade, o *outsourcing* constitui atualmente 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 otimização de funções difíceis de gerir ou fora de controlo. Depois, o *outsourcing* torna possível a *redução de custos 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 atividades (mercados, legislação, finanças, tecnologia). Por último, o *outsourcing* representa um *meio de injeção de capital* na empresa através da transferência dos meios afetados ao exercício da atividade em causa. Nessa medida, o *outsourcing* surge como um meio de financiamento.

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 otimização 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 atividades principais (*core business*).²

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 acidente no seu sistema informático, por um período determinado, um sistema de substituição de configuração equivalente a fim de que o utilizador possa realizar atividades 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

¹ A que se chama também *Facilities Management*.

² Cfr. Yates, CL&P 1993, p. 104. Veja-se também, por exemplo, Kresse, ZUM, 1994, p. 385.

“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 pessoal¹.

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* informático². Trata-se um contrato de *geometria variável*, cujo conteúdo difere em função da situação particular de cada cliente e dos objetivos 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 atividade 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 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 objeto de um acordo separado (“Sale Agreement”), embora seja celebrado ao mesmo tempo que o acordo de serviços (“Services Agreement”)³. Porém, os clientes nem sempre dispõem de documentos que descrevem exaustivamente 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 respetiva 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 respetivos 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 terceiros⁴. Note-se, porém, que, o *outsourcing* informático não tem por objeto 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 afetados, incluindo os recursos humanos. Pelo que não serão os programas de computador objeto essencial destes contratos, sendo excluída, por isso, nos termos referidos, a aplicação do direito de locação.⁵

¹ Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 142

² Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 9-10.

³ Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 143.

⁴ Veja-se, com referência à decisão *Computer Associates*, Yates, CL&P 1994, p. 9. Veja-se, também, Braunschweig, CR 1994, p. 193.

⁵ Cfr. art. 11.º, 1.ª parte, Acordo ADPIC; art. 7.º, Tratado OMPI sobre direito de autor; art. 4.º, al. c), Diretiva 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 eletrónicas, veja-se a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 1996 relativa à proteção 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 Proteção de

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, otimizando 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 prestações¹, 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 efetuadas e dos volumes de informação processada², no quadro de um *plafond* fixado, que permite ao cliente orçamentar e controlar as suas despesas informáticas. É ainda importante precisar quais as despesas efetuadas pela empresa que são faturáveis em seguida no preço a pagar pelo cliente, bem como as modalidades de faturação 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 exploração³. Para além de estipulações clássicas que se encontram habitualmente apostas nos contratos de execução sucessiva⁴, o contrato de *outsourcing* informático deverá conter, ainda, um número de disposições destinadas a, por um lado, evitar que a atividade 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*⁵. A *dinâmica evolutiva* significa que se trata de um “contrato-quadro”, sendo assegurada através de cláusulas que preveem 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 contrato poderá prever um acordo

Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, que transpõe a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção 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 proteção da privacidade no setor das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de outubro, que transpõe a Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações).

¹ Podendo prever cláusulas penais pela mora.

² As chamadas "unidades de serviço".

³ Em regra, pelo menos três anos.

⁴ 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.

⁵ Cfr. Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1993, p. 11.

concertado entre as partes e prever quais serão as consequências financeiras¹. 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 informático².

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 afetado ao serviço informático do cliente, o contrato de *outsourcing* informático coloca diferentes questões de direito do trabalho relativas ao destino do pessoal afetado ao serviço informático do cliente, cuja transferência integra o objeto do contrato³.

Assim, certos aspetos 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 trabalhadores⁴. Os trabalhadores do cliente poderão ser necessários à exploração do sistema informático que constitui objeto 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 estabelecimento⁵, 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 afetados pelo cliente ao serviço informático que constitui objeto do contrato de *outsourcing*⁶. 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

¹ 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 receção técnica.

² Por exemplo, retoma da configuração material e suportes lógicos, recuperação dos ficheiros informáticos, retoma do pessoal, etc.

³ Veja-se, no direito alemão, Ingensfeld, CR 1993, p. 288, p. 368.

⁴ Vide arts 26.º *et seq.* do Regime de Trabalho Temporário, aprovado pelo Decreto-Lei n. 358/89, de 17 de outubro, alterado pela Lei n.º 39/96, de 31 de agosto, e pela Lei n.º 146/99, de 1 de setembro. Ver também o art. 4.º, 1-b, do novo regime geral das contraordenações laborais aprovado pela Lei n.º 116/99, de 4 de agosto.

⁵ 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.

⁶ Cf. 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 Diretiva 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* (cf. TJCE, Proc. C-392/91, *Christel v. Spar- und Leihkasse*, Rec. 1994, I, p. 1311-1327).

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 trabalhadores¹, podendo propor aos trabalhadores modificações aos seus contratos de trabalho.

Porém, para que o referido art. 37.º seja 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 autónoma*.² Trata-se de um critério que deverá ser moldado segundo as especiais circunstâncias de cada caso concreto, indicando-se como tópicos suscetíveis de indiciarem a existência de uma entidade económica autónoma: 1.º a existência de uma organização de estruturas ou fatores produtivos³; 2.º organização essa que deverá ter um determinado nível de consistência e de autonomia⁴. 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 considerar⁵. Em especial devem as partes no quadro do diagnóstico pré-contratual definir com minúcia no caderno de encargos a atividade que constitui objeto do contrato de *outsourcing*, sublinhando os elementos suscetíveis 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 objeto da operação de *outsourcing* é assimilável ao estabelecimento, então o referido art. 37.º será de aplicar com as consequências que vimos.⁶ Por outro lado, a entidade empregadora deverá comunicar por escrito aos trabalhadores, *inter alia*, a identidade das partes.⁷

Para terminar, caso a atividade 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 trabalho⁸.

¹ Por exemplo, o poder disciplinar.

² 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).

³ Por exemplo, a existência de um material afetado à atividade desenvolvida e de elementos de exploração específicos, a prossecução de uma atividade nos mesmos locais, a afetação de um pessoal específico à atividade, as disposições expressas do contrato relativas à cessão dessa atividade.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ De igual modo, se for de qualificar a transmissão do serviço informático do cliente como trespasse 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.

⁷ Cfr. arts. 3.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 11 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/533/CEE, do Conselho, de 14 de outubro, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho.

⁸ 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.

Conclusão

Os sistemas informáticos desempenham um papel de crescente importância na economia da *praxis* jurídico-contratual, constituindo objeto de diversas figuras contratuais, nomeadamente os acordos de “chaves na mão” (*turn-key*) e de “externalização” (*outsourcing*). Neste trabalho tratámos alguns aspetos 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 objeto, 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 objeto essencial do contrato, nos termos previstos pelo Acordo ADPIC (1994) e pelo Tratado OMPI (1996).

Depois, tratámos o *outsourcing* de sistemas eletrónicos 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 atual gestão empresarial, nos termos do qual dever-se-á optar sempre que possível a recurso externo para o desempenho de funções não diretamente 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 faturação 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. Frequentemente, estes acordos preveem a transferência à empresa de *outsourcing* de todo ou parte do pessoal afetado 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.

DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À INTERNET: UMA RELAÇÃO TENSA*

Resumo. Os direitos autorais restringem a liberdade de circulação de conteúdos informativos na Internet. Verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objectos de direitos exclusivos de exploração económica, podendo os respectivos titulares impedir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Mas, para além de restringir a circulação de informação na Internet, poderá o direito autoral justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet? Esta solução é já legalmente contemplada em alguns países europeus, designadamente em França (lei Hadopi) e no Reino Unido (UK Digital Economy Act). Neste contexto, os provedores de Internet são chamados a desempenhar um importante papel na procura de um equilíbrio entre as forças em tensão.

Introdução

Os direitos autorais restringem a liberdade de circulação de conteúdos informativos na Internet. Verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objectos de direitos exclusivos de exploração económica, permitindo aos seus titulares proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas.

Mas, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, justificará o direito de autor o corte ou a suspensão da ligação à Internet? Essa foi a solução estabelecida pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido (UK Digital Economy Act). Será essa uma boa solução?

Vejam os detalhes de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet e o acesso à rede, centrando a nossa análise no papel dos provedores de Internet, que são chamados a desempenhar um papel decisivo na procura de um equilíbrio entre as forças em tensão.

1. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet

A Internet foi anunciada como a super-autoestrada da informação, uma vez que permitiria a circulação sem fronteiras e quase instantânea dos mais variados conteúdos informativos (textos, imagens, músicas, filmes, software, bases de dados, i.e., todos os bens susceptíveis de expressão em forma numérica ou digital).

Todavia, por vezes os sonhos de uns são os pesadelos de outros. Com efeito, verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objecto de direitos exclusivos de exploração económica, que permitem aos seus titulares proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Por exemplo, no caso *Google*, relativo a digitalização e divulgação de obras, o Tribunal de Grande Instância de Paris decidiu que ao digitalizar e disseminar pela Internet obras, ainda que raras, de autores franceses sem prévia autorização dos titulares de direitos a Google estaria a infringir os direitos autorais (TGI Paris, 18/12/2009).

* Anais do IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2010, pp. 98-105.

Para saber de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet, importa considerar também o papel dos provedores de Internet (os chamados Internet Service Providers), que são agora chamados a desempenhar um papel mais activo neste domínio.

2. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação

No direito da União Europeia, à semelhança da solução anteriormente adoptada nos EUA (DMCA), a directiva sobre comércio electrónico (2000/31) estabeleceu três tipos de isenção de responsabilidade dos ISP por actividades dos utilizadores dos serviços, a saber, quando actuem como meros transportadores da informação (*mere conduit*), quando procedam à armazenagem temporária da informação com vista a facilitar o seu acesso e transmissão (*caching*), e ainda quando realizem armazenagem em servidor (*hosting*), não sendo o provedor de Internet responsável quando não saiba nem deva razoavelmente saber que os conteúdos aí alojados pelos utilizadores dos seus serviços são ilícitos.

2.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores?

Os provedores de Internet não têm o dever de controlar previamente a actividade dos utilizadores dos seus serviços, mas devem tomar providências uma vez que saibam ou devam saber da existência de conteúdos ilicitamente colocados nos seus servidores. A propósito disto podemos registar duas interessantes decisões relativas ao YouTube. Uma, do Tribunal ordinario de Roma (de 15/11/2009) condenando a YouTube por não ter removido vídeos (programas de televisão) colocados pelos seus utilizadores depois de ter sido notificado sobre a existência de conteúdos protegidos pelos direitos autorais; outra, de um tribunal de Madrid (20/09/2010), não condenando o YouTube por *culpa in vigilando* relativamente à colocação por parte dos seus utilizadores de séries televisivas, de que não tinha nem devia ter conhecimento, designadamente por impossibilidade técnica de controlo prévio.

2.2. Identificação dos titulares de contas suspeitos de infringirem direitos autorais?

Uma outra questão que se suscita nesta tensão entre direitos autorais e acesso à Internet é saber se o tribunal pode ordenar ao ISP que comunique aos titulares de direitos a identidade e o endereço de titulares de contas de acesso suspeitos de praticarem infracções aos direitos de autor. No acórdão *Promusicae v Telefonica* (29/1/2008), o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o direito comunitário não impõe nem proíbe que a legislação dos Estados-membros estabeleça essa medida, mas ressalvou que caso o façam deverão atender às exigências do princípio da proporcionalidade. Na sequência desta decisão, a Suécia adoptaria legislação que confere ao titular de direitos de autor o direito de obter o endereço de IP do alegado infractor.

2.3. Instalação de filtros de monitorização (e bloqueio) de conteúdos?

Para além da divulgação dos dados dos titulares de conta, coloca-se ainda a questão de saber se o provedor de internet poderá ser obrigado a instalar filtros de monitorização e bloqueio de conteúdos protegidos. Essa foi a questão apresentada ao Tribunal de Justiça no caso *Scarlet v Sabam*, em que o tribunal de recurso de Bruxelas questionou se, de acordo com o direito comunitário, os Estados-membros podem investir os tribunais no poder de ordenar aos ISP, por sua conta e por duração ilimitada, a implementação de mecanismos de monitorização e filtragem de tráfego de modo a prevenir infracções aos direitos de autor. E, em caso positivo, se devem essas medidas atender ao princípio da proporcionalidade em matéria de eficácia das medidas.

O tribunal de 1ª instância de Bruxelas respondeu afirmativamente, apoiando-se na Directiva 2001/29 (art. 8/3) e na Directiva 2004/48. Todavia, o tribunal de recurso (Cour d'Appel 28/1/2010), na dúvida sobre a conformidade dessa medida com o direito comunitário (Directiva 2000/31; Directivas 95/46 sobre dados pessoais e 2002/58 sobre privacidade nas comunicações electrónicas, e ainda artigos 8 e 10 da CEDH), submeteu um pedido prejudicial ao TJ, cuja resposta é aguardada com expectativa. Todavia, face ao teor das disposições das referidas directivas, dificilmente o Tribunal Europeu permitirá a confirmação da decisão do tribunal de 1ª instância de Bruxelas.

Não obstante, deve referir-se que a Directiva 2001/29 sobre direitos autorais na sociedade da informação estabelece a exclusão de certos actos transitórios do conceito de reprodução, no sentido de não os abranger no direito exclusivo de exploração económica. Chamado a esclarecer o conceito de acto de reprodução transitório, o Tribunal de Justiça decidiu no caso *Infopaq* (C-5/08, 16/7/2009) que, para um acto de reprodução ser transitório e por isso excluído do direito de reprodução (art. 5º/1 da Directiva 2001/29), a reprodução em causa deve ser automaticamente apagada da memória do computador logo que o processo tecnológico que a permite esteja concluído, sem a intervenção do utilizador.

2.4. Motores de pesquisa e hiperligações

O acesso aos sites da internet e à informação que eles contêm é deveras facilitado pelos motores de pesquisa, que apresentam listas de resultados com hiperligações para os sites que contenham descritores (*meta-tags*) correspondentes aos termos de pesquisa. De igual modo, o fornecimento directo de hiperligações também facilita a navegação na Internet e o acesso aos sítios.

Estas possibilidades tecnológicas geram todavia tensão com os direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Regista-se, não obstante, uma tendência geral da jurisprudência no sentido da não proibição destes instrumentos de busca na Internet (TJ, 23/3/2010, Google Adworks – licitude de fornecimento de metadados correspondentes a marca célebre; BGH 29/4/2010 - licitude de miniaturização de imagens na lista de resultados do motor de pesquisa da Google; *Sharemula*, Audiencia Provincial Madrid, 11/9/2008; *Edonkey/Emule*, Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona 9/3/2010, não condenação do site elrincondejesus.com por oferecer em acesso livre e sem contrapartidas económicas links para software de download P2P)

Quanto aos metadados, merece referência a decisão de 23 de Março de 2010 proferida pelo Tribunal de Justiça no caso Google Adworks (C-236/08, C-237/08 e C-238/08) relativo a sites patrocinados, que ao abrigo da isenção de responsabilidade dos ISP, se saldou pela não condenação da Google pela lista de resultados que indexa um site com o qual celebrara um acordo de metadados, sem prejuízo da responsabilidade do anunciante por uso de marca (no caso L. Vuitton) que gere confusão quanto à origem dos produtos anunciados. Distinguindo entre resultados naturais e resultados patrocinados da pesquisa, o Tribunal equiparou a Google ao prestador de serviços da sociedade da informação que armazena conteúdos de terceiros ('hosting').

De igual modo, o BGH na sentença de 29 de Abril de 2010 concluiu que o motor de pesquisa de imagens da Google não infringe direitos de autor sobre imagens quando apresenta miniaturas suas nos resultados do motor de pesquisa.

Por seu turno, o Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona pronunciou-se em 9 de Março de 2010 pela não condenação do site elrincondejesus.com por oferecer links para software de download P2P (*edonkey/emule*) não autorizado de música do repertório da SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), entendendo que o fornecimento de links não constitui um acto de reprodução nem de

comunicação ao público e que o site não retira nenhum benefício comercial disso, designadamente por ser de acesso livre e não ter receitas publicitárias (ver também o caso Sharemula, Audiência Provincial Madrid, 11 de Setembro de 2008).

Registe-se ainda a decisão do TGI Evry, de 19 de Janeiro de 2010, no sentido de que, na ausência de prova de download ilegal, o administrador do website que indexa links p2p não pode ser responsabilizado por violação dos direitos autorais.

2.5. Incitamento com vantagens económicas e infracção

Todavia, os ISP podem perder o benefício da isenção de responsabilidade quando induzam os utilizadores dos seus serviços a cometer infracções extraíndo daí vantagens económicas, designadamente na forma de receitas publicitárias (STJ Dinamarquês 26/11/ 2008, The Pirate Bay; BGH 15/1/2009; Rechtbank Utrecht, 26/8/2009 - Mininova.org; Rechtbank Amsterdam, 22/10/2009 – ThePirateBay).

Na decisão de 26 de Novembro de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça da Dinamarca condenou o site ThePirateBay por compartilhação na violação de direito autoral ao oferecer torrents que permitem o download P2P de conteúdos protegidos pelo direito autoral. Por seu turno, na Alemanha, o Bundesgerichtshof (BGH) decidiu em 15 de Janeiro de 2009 que a distribuição de software de partilha de ficheiros que pode ser usado para fins tanto lícitos como ilícitos viola os direitos autorais quando o distribuidor aponta directamente nos seus anúncios para os usos directamente infractores aos direitos autorais. Além disso, o Rechtbank Utrecht na decisão de 26 de Agosto de 2009, ordenou o site Mininova.org a remover todos ficheiros BitTorrents relativos a conteúdos protegidos alojados no servidor uma vez que incitava os utilizadores a violarem os direitos autorais retirando vantagens económicas dessa actividade (no caso, receitas publicitárias). Finalmente, o Rechtbank Amsterdam, na decisão de 22 de Outubro de 2009, deferiu uma providência cautelar contra o site ThePirateBay por, daí extraíndo vantagens económicas, incitar os seus utilizadores a violarem direitos autorais ao fornecer um index de ficheiros BitTorrents que podem ser usados para reprodução de conteúdos protegidos pelo direito autoral sem autorização dos titulares de direitos.

Outros tribunais chegam a condenar os sites não apenas por indução à infracção aos direitos de autor mas inclusive por violação directa dos direitos (Corte Suprema di Cassazione 29/9/2009; High Court do Reino Unido 29/3/2010 - Twentieth century Fox et al. / Newzbin; Tribunal de Recurso de The Hague 2/6/2010). De forma incisiva, a italiana Corte Suprema di Cassazione, na decisão de 29 de Setembro de 2009, pronunciou-se no sentido de que o site que faculta os meios de comunicação ao público (uploading) de conteúdos protegidos e disso retira vantagens económicas através de receitas publicitárias participa na prática da actividade ilícita, sendo para isso irrelevante a tecnologia utilizada (no caso BitTorrent), afirmando ainda o poder do tribunal de ordenar o encerramento do site e de impor ao seu operador que impeça os seus utilizadores de lhe acederem. Em sentido análogo, veja-se também as decisões do High Court do Reino Unido (Twentieth century Fox et al. / Newzbin, 29/3/2010) e do holandês Tribunal de Recurso de The Hague (2/6/2010), decidindo que a distribuição de software de partilha de ficheiros armazenados nos servidores da rede Usenet integra a actividade de tornar esses ficheiros disponíveis ao público, sendo alvo de injunção por infracção aos direitos de autor.

2.6. Injunções específicas contra os ISP

Estas decisões mostram, por conseguinte, que as isenções legais de responsabilidade de que beneficiam os ISP não os imunizam completamente de infracções aos direitos de autor. Para além das situações em que são também responsáveis, os ISP estão ainda sujeitos a injunções específicas relativamente a infracções cometidas pelos utilizadores dos serviços, ainda que estes não sejam processados. Por exemplo, na decisão de 27 de Maio de 2010, o STJ dinamarquês pronunciou-se no sentido de que o prestador de acesso deve bloquear o acesso por parte dos seus utilizadores ao site *The Pirate Bay*, considerado uma via de violação em massa de direitos autorais. Igual possibilidade foi afirmada pelo Tribunal de Recurso de Amesterdão, na decisão de 29 de Julho de 2010, relativa ao site *The Pirate Bay*.

3. Corte ou suspensão do acesso à Internet

Para além do bloqueio de acesso a um site específico, coloca-se ainda a questão de saber se será lícito cortar ou suspender a conta de acesso à Internet de um utilizador suspeita de ser utilizada para cometer infracções aos direitos autorais. Essa é, no fundo, a solução que a lei francesa consagra, sendo alvo de muitas críticas, em especial por se considerar uma medida excessiva. Tanto mais que estabelece uma espécie de responsabilidade objectiva por parte dos titulares da conta de acesso.

Não obstante, é curioso registar que as soluções da lei francesa encontram eco em decisões de tribunais de outros Estados Membros. Na questão da responsabilidade pela utilização da conta de acesso, o Oberlandesgericht Koln decidiu em 23/12/2009 que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos seus filhos menores quando oferecem música protegida pelo direito autoral através de redes de partilha de ficheiros utilizando a conta de acesso à Internet de que são titulares os pais. Por outro lado, o Supremo Tribunal de Dublin na decisão de 16/4/2010 considerou válido o ‘Esquema de Resposta Gradual’ incluído nos acordos entre ISP e os seus utilizadores, nos termos do qual o ISP deve avisar por duas vezes o alegado infractor de direitos autorais antes de, à terceira, bloquear o acesso à rede. Na opinião do tribunal o IP não constitui dado pessoal nem tal esquema conflitua com a liberdade de expressão dos utilizadores.

Assim, verifica-se que, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, o direito de autor pode justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet. Essa foi a solução adoptada pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido. Ao invés da suspensão de acesso à Internet poder-se-ia equacionar uma medida menos gravosa para as liberdades fundamentais da comunicação, como seja a diminuição do tráfego por via da redução da velocidade de acesso, tanto mais que na Finlândia já se proclama o direito de acesso 1MB à Internet como direito fundamental. De que forma conciliar o direito de acesso à internet com a suspensão de acesso à rede em nome dos direitos de autor?

3.1. A Lei HADOPI (‘Création et Internet’)

A Lei ‘Hadopi’, de 12 de Junho de 2009, foi alterada em Setembro do mesmo ano na sequência da decisão do Conselho Constitucional francês que considerou inconstitucionais alguns dos seus normativos, designadamente a possibilidade de a suspensão de acesso ser decretada por uma autoridade administrativa.

Embora baptizada ‘Création et Internet’, esta lei ficaria conhecida por lei HADOPI em virtude de ter instituído uma Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na internet. ‘Hadopi’ é justamente o acrónimo de ‘Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l’internet’.

Esta lei prevê um esquema de resposta gradual sob supervisão da referida Autoridade: 1º aviso; 2º aviso; 3º suspensão de acesso até um ano. Na prática, esta lei impõe ao titular da conta de acesso à internet um dever de vigilância da sua utilização, que se traduzirá provavelmente na instalação de software de monitorização e filtragem de conteúdos.

Além disso, sujeita a navegação na Internet a um controlo administrativo, instituindo uma espécie de ‘polícia da internet’. Todavia, trata-se de uma polícia sem poderes de investigação, cabendo aos titulares de direitos proceder à recolha de dados que indiciem ou comprovem utilizações ilícitas, o que previsivelmente farão com recurso a detectives privados electrónicos (*sworn agents*). Por outro lado, a lei acarreta sobre o titular da conta de acesso uma presunção de culpa relativamente aos ilícitos de direitos autorais que sejam cometidos por seu intermédio.

Finalmente, estabelece a ‘pena’ de exclusão temporária (suspensão) da rede aos titulares de conta que não tomem medidas de segurança da sua conta após terem já recebido por duas vezes avisos para o efeito. A suspensão do acesso à Internet tem que ser ordenada por autoridade judicial, embora possa ser decretada como medida judicial *ex parte*, isto é, sem audição do titular da conta, e não afecta a subsistência do contrato com o ISP, designadamente no que respeita ao pagamento do serviço contratado. Acresce que o titular da conta fica inibido de obter novo acesso através de outro ISP, estando sujeito a sanções pecuniárias caso o faça.

3.2. ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Act)

A lei Hadopi, a que se seguiu no Reino Unido a Lei da Economia Digital (UK Digital Economy Act), insere-se numa linha de reforço da protecção dos direitos autorais, em especial no ambiente em linha. Neste contexto, pode ainda registar-se a proposta de Directiva IP Enforcement II (IPRED2) e a preparação de um instrumento internacional, o Acordo comercial anti-reprodução (ACTA Anti-Counterfeiting Trade Act). Entre outras medidas, este Acordo estabeleceria que, para beneficiar de isenção, os ISP teriam que fornecer aos titulares de direitos os dados dos titulares de conta suspeitos de práticas ilícitas, os quais são responsáveis pela utilização que é feita da sua conta, passível de ser suspensa.

Trata-se de medidas especialmente gravosas, já que implicam a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, por onde passa cada vez mais a cidadania e o exercício de direitos fundamentais da comunicação, incluindo a aprendizagem.

4. A compensação equitativa pela reprodução

Uma questão candente nesta problemática diz respeito à chamada compensação equitativa pela reprodução, que procura estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e as formas de utilização livre que se destinam a promover fins de interesse geral como a aprendizagem, a investigação e a liberdade de informação. Em Portugal, aguarda-se, neste domínio, uma iniciativa legislativa. Com efeito, o ‘GPEARI procede actualmente ao estudo da eventual revisão da designada *lei da cópia privada*, aprovada pelas leis nº 62/98, de 1 de Setembro, e 50/2004, de 24 de Agosto. Prevê-se que o termo do trabalho, ao nível técnico, seja alcançado até ao final do corrente ano. O objectivo geral é o de vir a adequar a lei da cópia privada ao ambiente digital, assegurando, com equilíbrio, uma justa e legítima defesa dos interesses dos titulares de direitos’ (<http://www.gpeari.pt/>).

De um modo geral, somos favoráveis a esta iniciativa. Com efeito, tendo a lei portuguesa (Lei 50/2004), por ocasião da transposição da Directiva 2001/29, reiterado a liberdade de cópia privada

(consagrando até um direito imperativo à cópia privada), independentemente do suporte, deveria, em contrapartida, ter concedido aos titulares de direitos uma compensação equitativa - tal como aliás já prevista no Código de 1985 embora só tardia e infelizmente regulamentada – independentemente, de igual modo, do suporte. É isso que resulta claramente da letra e do espírito da Directiva 2001/29 (art. 5º, 2-a/b, e preâmbulo).

Ao excluir dessa compensação os equipamentos digitais e muitos suportes digitais, a lei portuguesa terá criado um benefício fiscal para a sociedade da informação, louvando-se porventura na jurisprudência do TC que atribuiu natureza fiscal à referida compensação. Todavia, parece-nos que dificilmente serão concebíveis tributos cujos titulares sejam sujeitos privados (autores e outros titulares de direitos). E mesmo que não se entenda que a compensação é globalmente um tributo, a afectação de uma percentagem das receitas da compensação a um fundo cultural poderá significar a aplicação de uma medida fiscal numa remuneração privada, pelo que os autores e outros titulares de direitos serão afinal os seus sujeitos passivos. O que, no mínimo, é problemático. Seria importante o legislador fazer opções claras e definir à partida, com rigor, que tipo de instrumento está em causa, qual é a sua natureza, o que não é questão esdrúxula em termos de regime jurídico.

De todo o modo, a iniciativa virá fazer alguma justiça neste sector e colmatar uma lacuna de transposição da Directiva 2001/29 para o ordenamento jurídico português. Da nossa parte, temos defendido a necessidade de alteração da lei da cópia privada (Lei 62/98) de modo a abranger equipamentos e outros suportes digitais. A Lei 50/2004 deu, é verdade, um passo importante no sentido da efectivação da compensação devida pela reprodução. Mas, terá sido um passo curto para os autores e outros titulares de direitos, já que isentou boa parte do arsenal tecnológico da sociedade da informação.

Pelas mesmas razões, a iniciativa poderá ficar aquém do desejável, se isentar equipamentos de crescente importância na sociedade da informação, como sejam as novas gerações de telemóveis. Talvez fosse melhor isentar apenas os telemóveis com reduzida capacidade de gravação de ficheiros (e.g. inferior a 1 GB). Não obstante a compensação só ter justificação para as situações de utilização livre sujeita a remuneração equitativa, *maxime* na cópia privada (ver decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21/10/2010 – *Padawan v SAGE et al.*), seria no mínimo estranho deixar de fora dispositivos, ditos híbridos, que são promovidos sobretudo pela sua capacidade de reprodução de ficheiros e de navegação na Internet.

Por outro lado, da compensação pela reprodução em suporte electrónico não deveriam ser excluídas as obras escritas. Tanto mais que tais obras são cada vez mais objecto de cópias digitais em massa através da Internet, tendo em conta as suas extraordinárias potencialidades enquanto meio de difusão do saber e do acesso à educação.

Conclusão

A análise precedente mostra que a afirmação da Internet como espaço de liberdade de informação gera tensões designadamente com os direitos sobre informação, nomeadamente direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Por outro lado, é crescente a caracterização da internet como espaço público com o conseqüente fim da privacidade no ambiente digital. Anuncia-se o advento do ‘panóptico ciberespacial’ e questiona-se até que ponto o direito autoral, de direito da criação intelectual não estará transformado em instrumento de repressão informacional, legitimando inclusivamente a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Internet.

Em alternativa, um sistema de compensação pela reprodução poderia contribuir para preservar a privacidade dos cibernautas, garantindo ao mesmo tempo uma compensação equitativa para os titulares de direitos.

OS DIREITOS DE AUTOR E A EDUCAÇÃO NA REPÚBLICA ELECTRÓNICA (ENTRE O ACESSO E A EXCLUSÃO)*

Sumário. Em 1710 a Lei da Rainha Ana de Inglaterra atribuiu o copyright aos autores de obras literárias com vista a encorajar a aprendizagem. Passados 300 anos a expansão dos direitos de autor é apontada como um obstáculo à aprendizagem, em virtude de impedir o acesso às obras protegidas. Ora, tendo em conta as potencialidades dos novos meios de comunicação em termos de promoção da educação, os direitos de autor justificarão a exclusão do acesso à educação e à própria Internet? Em alternativa, será necessário abolir os direitos de autor ou, pelo menos, reconfigurá-los segundo um ponto de equilíbrio que preserve a propriedade literária ou artística sem eclipsar os seus fins de interesse geral?

Introdução

As tecnologias da informação e da comunicação colocam ao dispor da educação ferramentas de grande utilidade em termos de acesso a informação e de divulgação e processamento de conteúdos informativos. Todavia, por razões legais, a informação não pode circular livremente na Internet. Em especial, os direitos de autor e conexos conferem aos respectivos titulares o poder de autorizar ou proibir a prática de actos de reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras ou prestações protegidas. Por essa razão, informação que de outro modo poderia circular livremente nas redes fica sujeito a controlo por parte dos titulares de direitos.

Ora, tendo em conta o novo paradigma tecnológico, impõe-se questionar: serão os direitos de autor um instituto anacrónico, isto é, desfasado da realidade e em contra-corrente com o nosso tempo? Como preservar a protecção dos criadores intelectuais e, ao mesmo tempo, assegurar o acesso para fins educativos às obras e prestações protegidas?

É nossa convicção que o futuro da República electrónica – que tem na Internet a sua *Praça* central – passará em boa medida pela resposta que se encontre a esta questão. Razão pela qual dedicámos a nossa tese de doutoramento à tensão entre direitos de autor e liberdade de informação (Pereira 2008). Este trabalho passa em revista sucintamente a história da protecção legal dos direitos de autor em Portugal e indaga de que modo a educação justifica limites aos direitos de autor no quadro das utilizações livres de obras protegidas. Além disso, é feita referência ao papel dos provedores de serviços da internet no quadro da possível suspensão de acesso à rede. Termina com breve apontamento sobre a compensação equitativa pela livre reprodução.

§ 1. Dos privilégios de impressão à propriedade literária e artística

Os direitos de autor sucederam historicamente aos privilégios de impressão, enquanto instrumento de regulação de uma nova e poderosa tecnologia: a imprensa de Gutenberg. A invenção da imprensa é atribuída aos chineses (c. 600 d.c.), embora os caracteres hieróglifos da sua língua não tenham facilitado a expansão da imprensa na China. Na Europa, a utilização do alfabeto fenício terá sido um factor determinante do êxito da imprensa. Fala-se por isso, com propriedade, da ‘invenção chinesa da Europa moderna’ (Levinson, 1998: 47).

* 1910-2010 *Comunicação e Educação Republicanas* (Imprensa da Universidade de Coimbra 2011: 211-240).

A tecnologia dos caracteres móveis de impressão, aplicada ao alfabeto fenício, tornou possível a reprodução de obras e a difusão de informação a uma escala até então desconhecida. ‘Entre a publicação do primeiro livro impresso segundo o novo método (o saltério de Mainz de 1457) até 1500 terão sido produzidos nas prensas europeias cerca de 15 milhões de exemplares, numa média diária de 1300 livros’ (Bebiano, 1999: 473).

A cópia de livros, antes feita à mão pelos monges, realiza-se agora maquinalmente. A imprensa torna possível a indústria e o comércio de livros e, ao mesmo tempo, potencia a divulgação de, e o acesso a, informação e conhecimento. Ora, tendo em conta quer o valor económico da imprensa enquanto factor gerador de riqueza, quer o seu valor político enquanto instrumento de disseminação de informação e de novos pensamentos que poderiam abalar a ordem natural do cosmos e da sociedade – recorde-se Galileu ou a publicação da Bíblia em alemão -, o poder soberano reservaria para si o exclusivo da utilização desta tecnologia, subordinando a sua exploração à obtenção prévia de privilégio de impressão e venda de livros. ‘As autoridades políticas e religiosas desde cedo procuraram subordinar a imprensa aos seus próprios desígnios, dessa forma minimizando o seu poder de articulação do poder crítico’ (Machado, 2002: 40).

1.1. Da imprensa à primeira lei do copyright

O direito de autor como propriedade dos criadores sobre obras literárias foi legalmente consagrado pela primeira vez em Inglaterra pela Lei da Rainha Ana (1710) que estabeleceu o *copyright* ‘para o encorajamento da aprendizagem’. A concepção anglo-saxónica do *copyright* como instrumento de promoção da aprendizagem foi retomada no preâmbulo da lei sobre o *copyright* do Estado de Massachussets de 1783. Dois anos passados sobre a Revolução Francesa, e a conseqüente abolição dos privilégios, incluindo o privilégio de imprimir e vender as obras, deve-se a Le Chapelier a referência à protecção da criação do espírito como: ‘La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je peux parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain’. Esta concepção estaria na base das chamadas leis revolucionárias francesas de 1791 e de 1793.

1.2. Marcos históricos da protecção legal dos direitos de autor em Portugal

Os direitos de autor, enquanto tais, existem na ordem jurídica portuguesa há pouco mais de século e meio, por força das Revoluções Liberais de oitocentos (Biblioteca Nacional, 1994: 13-7). Almeida Garrett referia-se então à propriedade literária como “a mais indefesa, porém... a mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades, a que se cria pela inteligência, e pelo espírito imortal do homem”.

Enquanto direitos exclusivos de exploração económica, os direitos de autor são herdeiros dos privilégios de impressão e de venda de livros que se praticavam no Antigo Regime, no contexto da ‘estadualização’ ou regulação pública do comércio (Marcos, 2001: 655).

Para começar, os *privilégios de impressão e venda* de livros eram concessões do poder régio destinadas a permitir a utilização da imprensa. Por via dos privilégios, o poder régio obtinha tributos e, além disso, controlava a divulgação de informação através dos livros. A tradução do livro Marco Polo (Lisboa, 1502), de Valentim Fernandes, terá sido o primeiro privilégio concedido em Portugal, ostentando na folha de rosto ‘sob o privilégio del Rey nosso Senhor, que nenhum faça a impressão deste livro, ne lo venda em todollos se regnos senhorios sem licença de Valentim Ferndandez sopena

contenda na carta do seu privilegio.’ Mais tarde, a 20 de Fevereiro de 1537, por Alvará, D. João III outorga a Baltazar Dias um privilégio para imprimir e vender as suas obras (de que é autor).

A passagem dos privilégios de impressão e comércio à propriedade literária e artística dos autores começou por ser obra do constitucionalismo português de oitocentos. A Carta Constitucional de 1826 refere os direitos dos inventores no art. 145º, § 24, reconhecendo aos inventores ‘a propriedade das suas descobertas ou das suas produções’. A Constituição de 1838 acrescenta os direitos dos escritores, consagrando-os como direitos naturais e não como instrumentos de promoção da aprendizagem e do progresso das artes utilitárias. Nos termos do art. 23.º, § 4, da Constituição de 1838: ‘Garante-se aos inventores a propriedade das suas descobertas e aos escritores a de seus escritos, pelo tempo e na forma que a lei determinar’. Além disso, no ensino do direito era já incluído o ‘Direito das Artes Uteis e das Bellas Artes’ (Ferrer, 1883: 50).

Almeida Garrett seria o principal mentor da consagração legal dos direitos de autor em Portugal, à semelhança de Pierre-Auguste Caron de Beaumarchais em França (Rebello: 1999, 11). De modo a concretizar o comando constitucional, o ‘pai’ do direito de autor português apresentou um projecto de lei às Cortes, a 18 de Abril de 1839, discutido em 1840 e aprovado em 1841, ‘mas nunca convertido em lei devido à oposição do Senado e da Rainha’ (Biblioteca Nacional, 1994: 16)

A primeira lei portuguesa da propriedade literária seria a Lei de 18 de Julho de 1851. De algum modo, a aprovação desta lei destinou-se a estabelecer no direito português direitos que Portugal se comprometera a respeitar por força da Convenção celebrada com a França (12/4/1851), tendo posteriormente celebrado Convenções sobre propriedade literária com outros países, nomeadamente com a Santa Sé (1860), a Bélgica (1880) e a Espanha (1881). A propriedade literária estava na base do sector da indústria e comércio de livros e outras publicações, bem como dos espectáculos públicos, com crescente importância económica, social e cultural. De resto, as empresas deste sector seriam qualificadas como comerciais nos termos do art. 230.º do Código Comercial, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, designadamente promotores de espectáculos públicos, editores e livreiros (4º e 5º), com exclusão todavia do autor que editar, publicar ou vender as suas obras (§ 3º). Posteriormente, a Lei 1851 foi substituída pelo Código Civil de Seabra (artigos 570º a 612º).

Em 1911, já no regime republicano, deu-se a adesão de Portugal à Convenção de Berna. Em vista da exigência desta Convenção e dos progressos dos novos meios tecnológicos de utilização de obras literárias e artísticas, seria adoptado o Decreto n.º 13725, de 27 de Maio de 1927, que aprovou um novo regime legal dos direitos de autor, em cujos trabalhos preparatórios se destacam Júlio Dantas e Cunha Gonçalves.

Ao Decreto de 1927 sucedeu o Decreto-Lei nº 46980, de 27 de Abril de 1966, que codificou o regime legal dos direitos de autor, aprovando o (primeiro) Código do Direito de Autor, no quadro das reformas legislativas em curso. O Código do Direito de Autor de 1966 teve por base um projecto já de 1953, o qual se apoiava na Convenção de Berna, na Lei italiana de 1941 e no projecto Escarra que estaria na base da lei francesa de 1957.

A Constituição de 1976 enquadrou os direitos de autor na liberdade de criação cultural. Neste período foram aprovados, para ratificação ou adesão, vários instrumentos internacionais, nomeadamente: a Convenção que institui a OMPI (DL 9/75, 14/1), o Acto de Paris da Convenção de Berna (DL 73/78, 26/7), a Convenção Universal (DL 140-A/79, 26/12) e, mais tarde, a Convenção de Roma (Resolução da AR 61/99).

O Código de 1966 manteve-se em vigor até 1985, ano em que foi aprovado o novo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC), pelo DL 63/85, 14/3, e imediatamente

alterado pela Lei 45/85, 17/9, e mais tarde, pela Lei 114/91, 3/9. Posteriormente, de modo a transpor directivas comunitárias, foi alterado pelos Decretos-Lei 332/97 e 334/97, ambos de 27/11 (aluguer e comodato e prazo de protecção), pela Lei 50/2004, 24/8 (direitos de autor na sociedade da informação), pela Lei 24/2006, 30/6 (direito de sequência), e, mais recentemente, pela Lei 16/2008, 1/4 (medidas de protecção efectiva).

Em torno do Código gravitam diversos diplomas, designadamente sobre depósito legal (DL 74/82, 3/3), defesa de obras caídas no domínio público (DL 150/82, 29/4), classificação de videogramas (DL 306/85, 29/7), protecção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada destes e contra a distribuição ao público ou importação de cópias não autorizadas (L 41/80, 12/8), protecção de videogramas (DL 39/88, 6/2, alterado pelos DL 350/93, 7/10, e 315/95, 28/11), exploração de videogramas (DL 227/89, 8/7, alterado pelo DL 315/95, de 28/11), regime da compensação pela reprodução livre prevista no art. 82.º do CDA (Lei 62/98, 1/9, alterado pela Lei 50/2004, 24/8), e regime das entidades de gestão colectiva (L 83/2001, 3/8).

Há uma certa tendência para a fragmentação do regime legal do direito de autor, ao menos no plano formal da técnica legislativa, quando se trata de transpor instrumentos comunitários. É o que se passa, nomeadamente, com os regimes especiais de protecção dos programas de computador (DL 252/94, 20/10), radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo (DL 333/97, 27/11), e protecção de bases de dados (DL 122/2000, 4/7). A qualidade da técnica legislativa é discutível, quando se introduzem alterações no Código, deixando ao mesmo tempo regimes e normas ‘soltas’ nos diplomas de alteração (por ex., DL 332/97, 27/11, sobre direitos de aluguer e comodato, e DL 334/97, 27/11, sobre prazo de protecção).

Para além da história da sua adaptação aos desafios colocados pelas novas tecnologias, a história dos direitos de autor é também a história do alargamento e do aprofundamento da protecção dos direitos de autor. Mais recentemente, o alargamento e aprofundamento da protecção dos direitos de autor resultam, sobretudo, dos instrumentos de harmonização na União Europeia e dos acordos internacionais (com destaque para o ADPIC/TRIPS).

§ 2. Utilização livre de obras protegidas

Em termos gerais, os direitos de autor protegem formas originais de expressão literária ou artística atribuindo aos respectivos criadores intelectuais direitos morais (paternidade, integridade) e direitos exclusivos de exploração económica (reprodução, distribuição e comunicação ao público), por tempo limitado. Os direitos conexos protegem prestações artísticas ou organizatórias dos outros sujeitos envolvidos no processo da criação e difusão cultural, como sejam, nomeadamente, os artistas intérpretes ou executantes, os organismos de radiodifusão, os produtores de videogramas e fonogramas.

Não obstante, o direito exclusivo tem limites, designadamente as utilizações livres contempladas na lei. Com efeito, os direitos de autor conciliam-se com outros direitos e interesses fundamentais, como sejam a reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de ensino e aprendizagem, a liberdade de informação e de expressão, ou a preservação do património cultural.

2.1. A utilização livre no CDADC

O interesse geral justifica que a utilização de obras seja lícita sem necessidade de autorização do autor quando, de um modo geral, se destine a fins de informação, arquivo, ensino, investigação científica e crítica. Como formas de utilização livre para fins de informação o CDADC prevê,

nomeadamente, a reprodução por meios de comunicação social, por extracto ou em forma de resumo, a selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa, e a citação de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos de actualidade (art. 75º, 2-b/c/d). A liberdade destas utilizações encontra a sua justificação em direitos fundamentais da comunicação constitucionalmente garantidos (Fechner, 1999: 342).

A utilização diz-se livre no sentido de que não é necessária a autorização do titular dos direitos. Porém, deverá ser acompanhada da indicação, por exemplo, do nome do autor, do editor e do título da obra, sendo conferida em alguns casos uma remuneração equitativa ao autor e/ou ao editor (art. 76º, 1). Assim é, por exemplo, no caso das restrições para arquivo: as bibliotecas públicas, os centros de documentação não comerciais ou as instituições científicas ou de ensino podem reproduzir, total ou parcialmente, obras previamente tornadas acessíveis ao público, desde que essa reprodução, e os respectivos exemplares, não se destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições, incluindo para fins de preservação e de arquivo, e não visem a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta (art. 75º, 1-e); para além do requisito da identificação, essa utilização livre deve ser acompanhada de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução (art. 76º, 1-b). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino ou a reprodução efectuada por instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e prisões, quando a obra seja transmitida por radiodifusão (art. 75º, h/p e art. 76º, 1-c).

Além disso, a utilização livre depende de a obra utilizada não se confundir com a obra de quem a utilize e/ou de a utilização ser tão extensa que prejudique o interesse por essas obras (art. 76º, 2). Assim é, por exemplo, nos casos em que se admite a reprodução de obras para fins de informação por extracto ou em forma de resumo, ou em relatos de acontecimentos de actualidade, bem como a reprodução e comunicação ao público para fins de ensino, ou a reprodução para arquivo, a inserção de citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu género e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino (art. 75º, 2-e/f/g/h).

O direito de citação, previsto no art. 10º da Convenção de Berna, deve ser exercido em respeito pelos bons costumes, embora se ‘for objectivamente justificada, nenhum limite de extensão lhe pode ser imposto’ (Ascensão 1992, 218-9). Entre outros limites, a lei portuguesa permite ainda, relativamente a obras não disponíveis no comércio ou de obtenção impossível, a sua reprodução pelo tempo necessário à sua utilização, se for realizada para fins de interesse exclusivamente científico ou humanitário (art. 81º-a).

Finalmente, a lei portuguesa fere de nulidade toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres. Ou seja, as utilizações livres são consideradas imperativas, no sentido de que impõem limites à liberdade contratual. Todavia, a utilização livre não se impede que os titulares de direitos adoptem medidas técnicas de protecção que controlem o acesso às obras nem os obriga a facultar acesso às obras relativamente para todas e quaisquer utilizações livres.

2.2. Harmonização da liberdade de utilização

Tal como permitido pela Directiva 2001/29, o CDADC consagrou, em condições restritas, a liberdade de actos de reprodução e de comunicação ao público para fins de ensino (art. 75º, 2-f).

Todavia, esta liberdade de utilização para fins de ensino pode ser eclipsada por medidas técnicas de protecção, esvaziando-se o conteúdo útil dessa utilização livre no ambiente electrónico.

Vários estudos têm sido dedicados ao problema da neutralização das excepções aos direitos de autor (e do interesse público que prosseguem) através dos mecanismos tecnológicos de protecção e das licenças contratuais de utilização final, e à questão da natureza imperativa dessas excepções. Da nossa parte, pronunciamos-nos, por ocasião dos trabalhos preparatórios da Directiva 2001/29 sobre direitos de autor na sociedade da informação, contra o eclipse por via contratual e/ou tecnológica dos fins de interesse geral que limitam os direitos de autor (Pereira, 2001: 786-7).

Não obstante, ao contrário das Directivas 91/250 (software) e 96/9 (bases de dados), a Directiva 2001/29 não estabeleceu o carácter imperativo das excepções aos direitos de autor. Para além de definir o conteúdo positivo dos direitos de autor que consagrou (reprodução, distribuição e comunicação ao público), a directiva pretendeu, de igual modo, delimitar o seu recorte negativo, mediante uma ‘enumeração exaustiva’ das excepções permitidas (considerando 32). São previstas excepções ao direito de reprodução (art. 5º, 2) e excepções comuns ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público (art. 5º, 3).

Seguindo a estrutura definida logo na proposta inicial, as excepções são taxativamente tipificadas, devendo os Estados-membros limitar-se a escolher, dentro do *menu* disponível pré-definido, quais as que se adaptam às suas tradições nacionais. De todo o modo, as excepções tradicionalmente admitidas no ambiente analógico não valem *ipso facto* no ambiente digital, tanto mais que neste ambiente predomina a nova figura da comunicação ao público a pedido, cujas excepções são todas elas recortadas, de novo, pela directiva comunitária.

Além disso, a concretização das excepções fica sujeita à regra dos três passos, no sentido de só poderem ser aplicadas a certos casos especiais e não poderem ser interpretadas de forma a prejudicarem de modo injustificável os legítimos interesses dos titulares dos direitos ou a obstarem à exploração normal das suas obras ou outro material. Retoma-se, deste modo, a cláusula geral da Convenção de Berna (art. 9º, 2), também consagrada no Acordo ADPIC (art. 13º) e nos novos Tratados OMPI sobre direitos de autor e conexos (artigos 10º e 16º, respectivamente). Nas suas Declarações Acordadas, estes últimos reconhecem às partes contratantes a liberdade de manutenção das excepções tradicionais, que tenham sido consideradas aceitáveis segundo a Convenção de Berna, e a possibilidade de adopção de novas excepções adequadas ao ambiente de rede digital.

A Directiva 2001/29 comprime esta salvaguarda, já que uniformiza as excepções e limites aos direitos exclusivos, retirando aos Estados-membros a possibilidade de adequarem livremente os direitos de autor às suas políticas nacionais de educação, cultura, informação e outros fins de interesse geral. Além disso, a Directiva 2001/29 insere-se numa linha de mercantilização dos direitos de autor, cuja matriz é o Acordo ADPIC, administrado pela OMC. A subordinação das excepções dos direitos de autor aos interesses do comércio mundial faz com que, no silêncio da letra da lei, caiba ao intérprete o ónus da justificação da excepção.

2.3. Sociedade da informação ‘a duas velocidades’ e a ‘balança dos três passos’

As exigências do mercado interno, em especial na sociedade da informação, justificaram, na óptica do direito comunitário, que as excepções e limitações fossem definidas de uma forma mais harmonizada. Desde logo, seria necessário sujeitar as excepções e limitações tradicionais às especificidades da sociedade da informação, tal como se lê no considerando 31, 2º período: ‘As

excepções ou limitações existentes aos direitos estabelecidos a nível dos Estados-membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico.’

A Directiva 2001/29 estabelece uma lista exaustiva e opcional de limites possíveis ao direito de reprodução (art. 5.º, 2 e 3) e ao direito de comunicação ao público (art. 5.º, 3). Fala-se, a propósito, num regime de direitos de autor para uma sociedade da informação ‘a duas velocidades’ (Lamouline/Poullet, 1997: 15). A primeira refere-se ao ambiente analógico e significa, basicamente, a conservação do recorte negativo do direito de autor, tal como operado pelas legislações internas dos Estados-membros. A segunda refere-se ao ambiente digital e traduz-se, sucintamente, numa lista mais apertada de limitações, para além de exaustiva e de adopção facultativa. O funcionamento a ‘duas velocidades’ dos limites ao exclusivo é acentuado pela protecção das medidas técnicas de protecção.

Por outro lado, a aplicação das excepções aos direitos exclusivos fica sujeita ao teste dos três passos, nos termos do qual as excepções e limites só se aplicam em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito (art. 5.º, 5). Assim, a Directiva 2001/29 converteu a regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 9.º, 2), de critério dirigido aos signatários (Estados) da Convenção a cláusula geral de interpretação ao nível da decisão dos casos concretos, à semelhança do que anteriormente já fizera no domínio da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados (Pereira 2001, 627-8).

A subordinação das limitações aos direitos de autor à regra dos três passos decorre também do Acordo ADPIC/TRIPS, o qual se norteia em primeira linha pelos interesses do comércio mundial, a julgar pela decisão de 15 de Junho de 2000, relativa ao art. 110/5 da lei do *copyright* dos EUA, nos termos da qual o critério da exploração normal envolvia a necessidade de considerar as formas de exploração que geram actualmente proventos para o autor bem como as que, com toda a probabilidade, são capazes de ter importância no futuro.

A regra dos três passos poderá conferir aos tribunais uma margem de liberdade para adequarem as excepções às circunstâncias do caso concreto, funcionando, nessa medida, em termos semelhantes à doutrina norte-americana do *fair use*. Todavia, a Directiva 2001/29 forneceu no preâmbulo um manual de instruções sobre a interpretação das excepções, que poderá comprometer essa margem de liberdade apesar do carácter não vinculativo dos preâmbulos. Pense-se, nomeadamente, na liberdade de reprodução para arquivos e bibliotecas, que não vale no ambiente electrónico em linha. ‘Tal excepção ou limitação não deve abranger utilizações no contexto do fornecimento em linha de obras ou outro material protegido’, lê-se no considerando 40. Neste sentido, o *Oberlandesgericht München* na decisão *Kopienversand* de 10 de Maio de 2007 decidiu que uma biblioteca pública que presta um serviço de entrega de documentos, incluindo a feitura de fotocópias e a distribuição de artigos protegidos através de email ou FTP a pedido dos seus utilizadores, viola o direito de reprodução, não sendo essa utilização abrangida também pela excepção de cópia privada.

Além disso, a excepção para fins de investigação pedagógica e científica é também rodeada de grandes cautelas, conforme resulta do considerando 42: na ‘aplicação da excepção ou limitação para efeitos de investigação pedagógica e científica não comercial, incluindo o ensino à distância, o carácter não comercial da actividade em questão deverá ser determinado por essa actividade propriamente dita. A estrutura organizativa e os meios de financiamento do estabelecimento em causa não são factores decisivos a esse respeito’.

2.4. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet

A Internet foi anunciada como a super auto-estrada da informação, uma vez que permitiria a circulação sem fronteiras e quase instantânea dos mais variados conteúdos informativos (textos, imagens, músicas, filmes, software, bases de dados, i.e. todos os bens susceptíveis de expressão em forma numérica ou digital).

Todavia, por vezes os sonhos de uns são os pesadelos de outros. Com efeito, verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objecto de direitos exclusivos de exploração económica, que lhes permitem proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Por exemplo, no caso *Google*, relativo a digitalização e divulgação de obras, o Tribunal de Grande Instância de Paris decidiu que ao digitalizar e disseminar pela Internet de obras, ainda que raras, de autores franceses sem prévia autorização dos titulares de direitos a Google estaria a infringir os direitos autorais (TGI Paris, 18/12/2009).

Para saber de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet, importa ainda considerar o papel dos provedores de Internet (os chamados Internet Service Providers), que são chamados a desempenhar um papel decisivo na busca de um equilíbrio entre as forças em tensão.

§ 3. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação

No direito da União Europeia, à semelhança da solução anteriormente adoptada nos EUA (DMCA), a directiva sobre comércio electrónico (2000/31) estabeleceu três tipos de isenção de responsabilidade dos ISP por actividades dos utilizadores dos serviços, a saber, quando actuem meramente como meros transportadores da informação (*mere conduit*), quando procedam à armazenagem temporária da informação com vista a facilitar o seu acesso e transmissão (*caching*), e ainda quando realizem armazenagem em servidor (*hosting*), não sendo o provedor de Internet responsável quando não saiba nem deva razoavelmente saber que os conteúdos aí alojados pelos utilizadores dos seus serviços são ilícitos.

3.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores?

A propósito disto podemos registar duas interessantes decisões relativas ao YouTube. Uma, do Tribunal ordinario de Roma (de 15/11/2009) condenando a YouTube por não ter removido vídeos (programas de televisão) colocados pelos seus utilizadores depois de ter sido notificado sobre a existência de conteúdos protegidos pelos direitos autorais; outra, de um tribunal de Madrid (20/09/2010), não condenando o YouTube por *culpa in vigilando* relativamente à colocação por parte dos seus utilizadores de séries televisivas, de que não tinha nem devia ter conhecimento, designadamente por impossibilidade técnica de controlo prévio.

Uma outra questão que se suscita nesta tensão entre direitos autorais e acesso à Internet é saber se o tribunal pode ordenar ao ISP que comunique aos titulares de direitos a identidade e o endereço de titulares de contas de acesso suspeitos de praticarem infracções aos direitos de autor. No acórdão *Promusicae v Telefonica* (29/1/2008), o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o direito comunitário não impõe nem proíbe que a legislação dos Estados-membros estabeleça essa medida, mas ressalvou que caso o façam deverão atender às exigências do princípio da proporcionalidade. Na sequência desta decisão, a Suécia adoptaria legislação que confere ao titular de direitos de autor o direito de obter o endereço de IP do alegado infractor.

Para além da divulgação dos dados dos titulares de conta, coloca-se ainda a questão de saber se o provedor de internet poderá ser obrigado a instalar filtros de monitorização e bloqueio de conteúdos protegidos. Essa foi a questão apresentada ao Tribunal de Justiça no caso *Scarlet v Sabam*, em que o tribunal de recurso de Bruxelas questionou se, de acordo com o direito comunitário, os Estados-membros podem investir os tribunais no poder de ordenar aos ISP, por sua conta e por duração ilimitada, a implementação de mecanismos de monitorização e filtragem de tráfego de modo a prevenir infracções aos direitos de autor. E, em caso positivo, se devem essas medidas atender ao princípio da proporcionalidade em matéria de eficácia das medidas.

O tribunal de 1ª instância de Bruxelas respondeu afirmativamente, apoiando-se na Directiva 2001/29 (art. 8/3) e na Directiva 2004/48. Todavia, o tribunal de recurso (Cour d'Appel 28/1/2010), na dúvida sobre a conformidade dessa medida com o direito comunitário (Directiva 2000/31; Directivas 95/46 sobre dados pessoais e 2002/58 sobre privacidade nas comunicações electrónicas, e ainda artigos 8 e 10 da CEDH), submeteu um pedido prejudicial ao TJ, cuja resposta é aguardada com expectativa. Todavia, face ao teor das disposições das referidas directivas, dificilmente o Tribunal Europeu permitirá a confirmação a decisão do tribunal de 1ª instância de Bruxelas.

Não obstante, deve referir-se que a Directiva 2001/29 sobre direitos autorais na sociedade da informação estabelece a exclusão de certos actos transitórios do conceito de reprodução, no sentido de não os abranger no direito exclusivo de exploração económica. Chamado a esclarecer o conceito de acto de reprodução transitório, o Tribunal de Justiça no caso *Infopaq* (C-5/08, 16/7/2009) decidiu que para um acto de reprodução ser transitório e por isso excluído do direito de reprodução (art. 5º/1 da Directiva 2001/29), a reprodução em causa deve ser automaticamente apagada da memória do computador logo que o processo tecnológico que a permite esteja concluído, sem a intervenção do utilizador.

3.2. Motores de pesquisa e hiperligações

O acesso aos sites da internet e à informação que eles contêm é deveras facilitado pelos motores de pesquisa, que apresentam listas de resultados com hiperligações para os sites que contenham descritores (*meta-tags*) correspondentes aos termos de pesquisa. De igual modo, o fornecimento directo de hiperligações também facilita a navegação na Internet e o acesso aos sítios.

Estas possibilidades tecnológicas geram todavia tensão com os direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Regista-se, não obstante, uma tendência geral da jurisprudência no sentido da não proibição destes instrumentos de busca na Internet (TJ, 23/3/2010, Google Adworks – licitude de fornecimento de metadados; BGH 29/4/2010 - licitude de miniaturização de imagens na lista de resultados do motor de pesquisa da Google; *Sharemula*, Audiencia Provincial Madrid, 11/9/2008; *Edonkey/Emule*, Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona 9/3/2010, não condenação do site *elrincondejesus.com* por oferecer em acesso livre e sem contrapartidas económicas links para software de download P2P)

Todavia, os ISP podem perder o benefício da isenção de responsabilidade quando induzam os utilizadores dos seus serviços a cometer infracções extraíndo daí vantagens económicas, designadamente na forma de receitas publicitárias (STJ Dinamarquês 26/11/ 2008, *The Pirate Bay*; BGH 15/1/2009; *Rechtbank Utrecht*, 26/8/2009 - *Mininova.org*; *Rechtbank Amsterdam*, 22/10/2009 – *ThePirateBay*). Outros tribunais chegam a condenar os sites não apenas por indução à infracção aos direitos de autor mas inclusive por violação directa dos direitos (*Corte Suprema di Cassazione*

29/9/2009; High Court do Reino Unido 29/3/2010 - Twentieth century Fox et al. / Newzbin; Tribunal de Recurso de The Hague 2/6/2010).

Estas decisões mostram, por conseguinte, que as isenções legais de responsabilidade de que beneficiam os ISP têm limites, não podendo ser usadas como escudos ilimitados contra as infracções aos direitos de autor. Para além das situações em que são também responsáveis, os ISP estão ainda sujeitos a injunções específicas relativamente a infracções cometidas pelos utilizadores dos serviços, ainda que estes não sejam processados. Por exemplo, na decisão de 27 de Maio de 2010, o STJ dinamarquês pronunciou-se no sentido de que o prestador de acesso deve bloquear o acesso por parte dos seus utilizadores ao site *The Pirate Bay*, considerado uma via de violação em massa de direitos autorais. Igual possibilidade foi afirmada pelo Tribunal de Recurso de Amesterdão, na decisão de 29 de Julho de 2010, relativa ao site *The Pirate Bay*.

3.3. Corte ou suspensão do acesso à Internet

Para além do bloqueio de acesso a um site específico, coloca-se ainda a questão de saber se será lícito cortar ou suspender a conta de acesso à Internet de um utilizador que seja utilizada para cometer infracções aos direitos autorais. Essa é, no fundo, a solução que a lei francesa consagra, sendo alvo de muitas críticas, em especial por se considerar uma medida excessiva. Tanto mais que estabelece uma espécie de responsabilidade objectiva por parte dos titulares da conta de acesso. Não obstante, é curioso registar que as soluções da lei francesa encontram eco em decisões de tribunais de outros Estados Membros. Por um lado, na questão da responsabilidade pela utilização da conta de acesso, o Oberlandesgericht Koln decidiu em 23 /12/2009 que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos seus filhos menores quando oferecem música protegida pelo direito autoral através de redes de partilha de ficheiros utilizando a conta de acesso à Internet de que são titulares os pais. Por outro lado, o Supremo Tribunal de Dublin na decisão de 16/4/2010 considerou válido o ‘Esquema de Resposta Gradual’ incluído nos acordos entre ISP e os seus utilizadores, nos termos do qual o ISP deve avisar por duas vezes o alegado infractor de direitos autorais antes de, à terceira, bloquear o acesso à rede. Na opinião do tribunal o IP não constitui dado pessoal nem tal esquema conflitua com a liberdade de expressão dos utilizadores.

Assim, verifica-se que, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, o direito de autor pode justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet. Essa foi a solução apontada pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido. Ao invés da suspensão de acesso à Internet poder-se-ia equacionar uma medida menos gravosa para as liberdades fundamentais da comunicação, como seja a redução da velocidade de acesso, tanto mais que na Finlândia já se proclama o direito de acesso 1MB à Internet como direito fundamental. De que forma conciliar o direito de acesso à internet com a suspensão de acesso à rede em nome dos direitos de autor?

A Lei ‘Hadopi’, de 12 de Junho de 2009, foi alterada em Setembro do mesmo ano na sequência da decisão do Conselho Constitucional francês que considerou inconstitucionais alguns dos seus normativos, designadamente a possibilidade de a suspensão de acesso ser decretada por uma autoridade administrativa. Embora baptizada ‘Création et Internet’, esta lei ficaria conhecida por lei HADOPI em virtude de ter instituído uma Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na internet. ‘Hadopi’ é justamente o acrónimo de ‘Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l’internet’.

Esta lei prevê um esquema de resposta gradual sob supervisão da referida Autoridade: 1º aviso; 2º aviso; 3º suspensão de acesso até um ano. Na prática, esta lei impõe ao titular da conta de acesso à internet um dever de vigilância da sua utilização, que se traduzirá provavelmente na instalação de software de monitorização e filtragem de conteúdos. Além disso, sujeita a navegação na Internet a um controlo administrativo, instituindo uma espécie de ‘polícia da internet’. Todavia, trata-se de uma polícia sem poderes de investigação, cabendo aos titulares de direitos proceder à recolha de dados que indiciem ou comprovem utilizações ilícitas, o que previsivelmente farão com recurso a detectives privados electrónicos (*sworn agents*). Além disso, a lei acarreta sobre o titular da conta de acesso uma presunção de culpa relativamente aos ilícitos de direitos autorais que sejam cometidos por seu intermédio. Finalmente, estabelece a ‘pena’ de exclusão temporária (suspensão) da rede aos titulares de conta que não tomem medidas de segurança da sua conta após terem já recebido por duas vezes avisos para o efeito. A suspensão do acesso à Internet tem que ser ordenada por autoridade judicial, embora possa ser decretada como medida judicial *ex parte*, isto é, sem audição do titular da conta, e não afecta a subsistência do contrato com o ISP, designadamente no que respeita ao pagamento do serviço contratado. Além disso, o titular da conta fica inibido de obter novo acesso através de outro ISP, estando sujeito a sanções pecuniárias caso o faça.

A lei Hadopi, a que se seguiu no Reino Unido a Lei da Economia Digital (UK Digital Economy Act), insere-se numa linha de reforço da protecção dos direitos autorais, em especial no ambiente em linha. Neste contexto, pode ainda registar-se a proposta de Directiva IP Enforcement II (IPRED2) e a preparação de um instrumento internacional, o Acordo comercial anti-reprodução (ACTA Anti-Counterfeiting Trade Act). Entre outras medidas, este Acordo estabeleceria que, para beneficiar de isenção, os ISP teriam que fornecer aos titulares de direitos os dados dos titulares de conta suspeitos de práticas ilícitas, os quais são responsáveis pela utilização que é feita da sua conta, passível de ser suspensa.

Trata-se de medidas especialmente gravosas, já que implicam a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, por onde passa cada vez mais a cidadania e o exercício de direitos fundamentais da comunicação, incluindo a aprendizagem.

§ 4. A compensação equitativa pela reprodução

Uma questão candente nesta problemática diz respeito à chamada compensação equitativa pela reprodução, que procura estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e as formas de utilização livre que se destinam a promover fins de interesse geral como a aprendizagem, a investigação e a liberdade de informação. Aguarda-se, neste domínio, uma iniciativa legislativa. Com efeito, o ‘GPEARI procede actualmente ao estudo da eventual revisão da designada *lei da cópia privada*, aprovada pelas leis nº 62/98, de 1 de Setembro, e 50/2004, de 24 de Agosto. Prevê-se que o termo do trabalho, ao nível técnico, seja alcançado até ao final do corrente ano. O objectivo geral é o de vir a adequar a lei da cópia privada ao ambiente digital, assegurando, com equilíbrio, uma justa e legítima defesa dos interesses dos titulares de direitos’ (<http://www.gpeari.pt/>).

De um modo geral, somos favoráveis a esta iniciativa. Com efeito, tendo a lei portuguesa (Lei 50/2004), por ocasião da transposição da Directiva 2001/29, reiterado a liberdade de cópia privada (consagrando até um direito imperativo à cópia privada), independentemente do suporte, deveria, em contrapartida, ter concedido aos titulares de direitos uma compensação equitativa - tal como aliás já prevista no Código de 1985 embora só tardia e infelizmente regulamentada – independentemente, de

igual modo, do suporte. É isso que resulta claramente da letra e do espírito da Directiva 2001/29 (art. 5º, 2-a/b, e preâmbulo).

Ao excluir dessa compensação os equipamentos digitais e muitos suportes digitais, a lei portuguesa terá criado um benefício fiscal para a sociedade da informação, louvando-se porventura na jurisprudência do TC que atribuiu natureza fiscal à referida compensação. Todavia, parece-nos que dificilmente serão concebíveis tributos cujos titulares sejam sujeitos privados (autores e outros titulares de direitos). E mesmo que não se entenda que a compensação é globalmente um tributo, a afectação de uma percentagem das receitas da compensação a um fundo cultural poderá significar a aplicação de uma medida fiscal numa remuneração privada, pelo que os autores e outros titulares de direitos serão afinal os seus sujeitos passivos. O que, no mínimo, é problemático. Seria importante o legislador fazer opções claras e definir à partida, com rigor, que tipo de instrumento está em causa, qual é a sua natureza, o que não é questão esdrúxula em termos de regime jurídico.

De todo o modo, a iniciativa virá fazer alguma justiça neste sector e colmatar uma lacuna de transposição da Directiva 2001/29 para o ordenamento jurídico português. Da nossa parte, temos defendido a necessidade de alteração da lei da cópia privada (Lei 62/98) de modo a abranger equipamentos e outros suportes digitais. A Lei 50/2004 deu, é verdade, um passo importante no sentido da efectivação da compensação devida pela reprodução. Mas, terá sido um passo curto para os autores e outros titulares de direitos, já que isentou boa parte do arsenal tecnológico da sociedade da informação (Pereira, 2008).

Pelas mesmas razões, a iniciativa poderá ficar aquém do desejável, se isentar equipamentos de crescente importância na sociedade da informação, como sejam as novas gerações de telemóveis. Talvez fosse melhor isentar apenas os telemóveis com reduzida capacidade de gravação de ficheiros (e.g. inferior a 1 GB). Não obstante a compensação só ter justificação para as situações de utilização livre sujeita a remuneração equitativa, maxime na cópia privada (TJ 21/10/2010 – *Padawan v SAGE et al.*), seria no mínimo estranho deixar de fora dispositivos, ditos híbridos, que são promovidos sobretudo pela sua capacidade de reprodução de ficheiros e de navegação na Internet.

Por outro lado, da compensação pela reprodução em suporte electrónico não deveriam ser excluídas as obras escritas. Tanto mais que tais obras são cada vez mais objecto de cópias digitais em massa através da Internet, tendo em conta as suas extraordinárias potencialidades enquanto meio de difusão do saber e do acesso à educação.

Conclusão

A análise precedente mostra que a anunciada Internet como espaço de liberdade de informação e ferramenta ao serviço da educação está ainda longe de ver a sua consumação. É crescente a caracterização da internet como espaço público com o conseqüente fim da privacidade no ambiente digital. Anuncia-se o advento do panóptico ciberespacial e questiona-se até que ponto o direito autoral, de direito da criação intelectual não estará transformado em instrumento de repressão informacional, legitimando inclusivamente a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, i.e., à Internet.

Em alternativa, um sistema de compensação pela reprodução poderia contribuir para uma maior flexibilidade da utilização das obras protegidas para fins de interesse geral, designadamente educação, investigação, ensino e aprendizagem, reservando ao mesmo tempo uma compensação para os titulares de direitos.

Referências

- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992
- Bebiano, Rui, *A Biblioteca Errante: Itinerários da leitura na era digital*, in *O Livro e a Leitura*, Revista de História das Ideias, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1999
- Biblioteca Nacional, *Direito de autor em Portugal: um percurso histórico*, Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro, Direcção Geral dos Espectáculos, Lisboa, 1994
- Fechner, Frank, *Geistiges Eigentum und Verfassung (Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999
- Marcos, Rui de Figueiredo, ‘O «*ius politiae*» e o comércio – A idade publicística do direito comercial’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, FDUC, Coimbra Editora, 2001
- Machado, Jónatas, *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- Levinson, Paul, *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva do original *The Soft Edge*, 1997, Bizâncio, Lisboa, 1998
- Pereira, Alexandre Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008 - *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

DIREITO DE AUTOR, LIBERDADE ELECTRÓNICA E COMPENSAÇÃO EQUITATIVA*

Resumo. Para responder aos desafios da sociedade da informação e da nova economia o sistema legal tem sido reconfigurado por via da actualização de algumas das suas definições básicas. Especial importância é atribuída à propriedade sobre bens incorpóreos que circulam nas redes. Trata-se da propriedade intelectual, na vertente de direitos de autor e conexos sobre, e.g., textos, músicas, sons, imagens fixas e animadas, programas de computador ou bases de dados. Estes bens, pela sua natureza, permitem explorar todas as potencialidades do comércio electrónico directo. Todavia, nem sempre os interesses do comércio são compatíveis com outros interesses e valores, nomeadamente a promoção da educação, a liberdade de informação ou a vida privada dos utilizadores. Este estudo analisa algumas soluções no domínio dos direitos de autor que têm sido encontradas para criar um ambiente jurídico favorável à sociedade da informação e à nova economia. Como têm sido harmonizados os interesses em conflito? Que valores têm pesado mais nos pratos da balança? Que entidade tem sido a principal fonte das regras? Que papel tem desempenhado o legislador nacional num tempo de europeização e de globalização? Serão razoáveis as suas respostas?

Desenhando um breve roteiro do caminho a percorrer, diremos que num tempo de globalização dos interesses (e privilégios) do comércio mundial, baseados principalmente na instituição funcional da propriedade intelectual enquanto *ius excluendi omnes alios*, o direito comunitário segue (ou dita?) essa orientação geral, embora procure reservar um espaço de liberdade para fins de interesse geral e de salvaguarda da vida privada, mediante um sistema de compensação equitativa. Desse espaço de liberdade (ainda que remunerada) tira partido o direito local interno, impondo limites à liberdade contratual e às medidas tecnológicas de protecção no sentido de o preservar, em nome de valores que integram a tradição nacional do direito de autor, em que não é um *Alien* constitucional, e que por isso poderia talvez ter explorado mais justamente o sistema de compensação equitativa.

§1. A harmonização comunitária do direito de autor no quadro da regulação europeia da sociedade da informação (“mercado único electrónico”)

1.1. No espaço europeu, o principal arquitecto da construção jurídica da sociedade da informação tem sido o legislador comunitário.¹ Arrancando do Relatório *Bangemann*², as instâncias comunitárias encontraram na sociedade da informação uma nova justificação para a sua actuação, na sequência da Realização do Mercado Interno³. Definiu-se um Plano de Acção⁴ e, tendo em conta a propagação dos

* Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Volume LXXXI 2005, 441-509.

¹ Sendo questionável se não estará a criar uma nova zona de competências (ver Alexandre Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in BFD LXXVII 2001, 633). Com efeito: “Procura-se tornar tudo competência comunitária” (José de Oliveira Ascensão, *Direito cibernético: a situação em Portugal*, Direito e Justiça, XV 2/2001, 23). De todo o modo, a intervenção do direito comunitário parece quase inevitável, já que, como escreve Dário Moura Vicente: “Na origem deste fenómeno está a circunstância de o comércio electrónico e a disponibilização em rede de conteúdos informativos, na medida em que envolvam a prestação de serviços que transcendem as fronteiras de um Estado-Membro da Comunidade Europeia, terem inevitável impacto sobre o funcionamento do mercado interno.” (*Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação - Relatório*, Almedina, Coimbra, 1995, 121).

² *A Europa e a Sociedade da Informação*, Recomendação do Grupo de Alto Nível sobre a Sociedade da Informação ao Conselho Europeu de Corfu, 26.V.1994.

³ *A Realização do Mercado Interno*, COM(85) 310 final, 14.6.1985.

⁴ *A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção*, COM(94) 347 final, 19.7.1994.

conteúdos ilegais e lesivos na Internet e a sua alegada insegurança¹, lançaram-se iniciativas, com destaque para a Iniciativa europeia para o comércio electrónico.²

Pretendeu-se, desse modo, criar um ambiente jurídico favorável à confiança nas comunicações electrónicas³ e assegurar a interoperabilidade dos sistemas digitais de processamento e comunicação de informação num contexto de convergência tecnológica (telecomunicações, audiovisual e informática).⁴ As instâncias comunitárias procuraram estabelecer um quadro regulamentar capaz de promover a confiança jurídica das administrações e empresas, e dos cidadãos e consumidores nos serviços da sociedade da informação e do comércio electrónico, tendo em conta um contexto de segurança técnica oferecido pelas chamadas tecnologias robustas da criptografia.⁵

No leque de prioridades dos trabalhos comunitários destacar-se-ia a protecção do direito de autor e dos direitos conexos, que foi objecto de um Livro Verde⁶, à semelhança do que sucedeu com a informação do sector público.⁷

Nesta linha, em ordem à construção jurídica da sociedade da informação, o legislador comunitário adoptou um pacote de instrumentos de harmonização sectorial⁸, para além de um conjunto de decisões avulsas⁹.¹ Esses instrumentos vão desde a protecção de dados pessoais² e da privacidade³

¹ *Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, Comunicação, COM(96) 487 final, 16.10.1996; *Plano de acção para fomentar a utilização segura da Internet*, Comunicação, COM(97), 583 final, 26.11.1997.

² *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.

³ *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997.

⁴ *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*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997.

⁵ Ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999 (notas de actualização 2000 e 2005 disponíveis no site da editora).

⁶ *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.1995; v. tb. o respectivo *Seguimento* COM(96) 568 final, 20.11.1996.

⁷ *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(98) 585 final, 20.1.1999.

⁸ O legislador interno procura acompanhar o passo do legislador comunitário, mostrando-se mais lesto a lançar Iniciativas de âmbito nacional (ver, em especial, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, 1997; 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; Iniciativa Internet - Portugal Digital: Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000) do que transpor as directivas. Não obstante, poderá dizer-se que, em Portugal, o “pontapé de saída” da construção jurídica da sociedade da informação terá sido dado pela Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). A “impetuosidade legislativa” desta Lei, na expressão de Faria Costa (*Les crimes informatiques et autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal*, in Ulrich Sieber (ed.), *Information Technology Crime - National Legislations and International Initiatives*, Ius Informationis - European Series on Information Law, Vol. 6, 1994, 395), mostra bem o poder de previsão do legislador, que logo cobriu largas zonas da sociedade da informação com o manto do crime, mesmo no que respeita a domínios ainda envoltos em penumbra legal, como sucedia com a protecção dos programas de computador.

⁹ Ver, por ex., Decisão n.º 276/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Janeiro de 1999 que adopta um plano de acção comunitário plurianual para fomentar uma utilização mais segura da Internet através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos nas redes mundiais; Decisão n.º 1999/1719/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de orientações, incluindo a identificação de projectos de interesse comum, respeitantes a redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA); 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; Decisão do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o combate à pornografia infantil na Internet.

à protecção dos consumidores na contratação à distância (incluindo em matéria de serviços financeiros)⁴, passando pelo regime das assinaturas electrónicas⁵ e de certos aspectos dos serviços da sociedade da informação (ou comércio electrónico)⁶, incluindo a transparência das suas normas

¹ Como documentos e iniciativas no direito comparado, fora do espaço comunitário ver, nomeadamente, nos EUA: *Green Paper On Intellectual Property And The National Information Infrastructure*, Working Group On Intellectual Property, 1994, and *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Bruce Lehman, Ronald Brown, September 1995; William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998 (no plano legislativo, e.g. Decency Communications Act, Electronic Freedom of Information Act, 1996, Digital Millennium Copyright Act, Cybersquatting Consumer Protection Act, Patriot Act). A nível internacional, destacam-se os trabalhos da ONU (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, adoptada pela Assembleia Geral da ONU, 9.12.2005) na sequência dos trabalhos da CNUDCI (Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996, with additional article 5 bis as adopted in 1998, e Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce, 1996), da OMPI (Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property 2000, Survey 2001; Domain Name Report) e os trabalhos e recomendações da OECD (Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce, Paris, Oct. 1999; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy; Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Security of Information Systems; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data).

² 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 (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro); v. tb. Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; Decisão da Comissão, de 26 de Julho de 2000, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América.

³ Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (transposta pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que revoga a Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpôs o 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).

⁴ Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância (transposta pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que regula também os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços); Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE. A protecção do consumidor na sociedade da informação é também objecto específico da Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação.

⁵ Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas (transposta pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que altera o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho; v. tb. Decreto-Lei n.º 234/2000, de 25 de Setembro, que cria o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais; Portaria n.º 1370/2000 (II Série), de 12 de Setembro, que define as características do contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil das entidades certificadoras; e a Portaria n.º 1350/2004, de 23 de Outubro, que regula o registo das entidades certificadoras que emitem certificados qualificados; especificamente sobre a factura electrónica, v. Decreto-Lei n.º 375/99, de 18 de Setembro, regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de Outubro).

⁶ Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro).

técnicas¹, bem como o regime das entidades de moeda electrónica², sem esquecer a definição de um novo quadro das comunicações electrónicas (que “actualiza” as regras sobre redes e serviços de telecomunicações) e a protecção dos serviços de acesso condicional.³ Dentro desse leque de instrumentos, contam-se também as directivas sobre protecção jurídica das bases de dados⁴ e sobre aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação⁵, as quais dizem mais directamente respeito à problemática dos direitos de autor no comércio electrónico da sociedade da informação.⁶

Em abono da verdade, a sociedade da informação começou a ser construída pelo legislador comunitário ainda no âmbito estrito do mercado interno. Assim sucedeu com a harmonização comunitária da protecção jurídica dos programas de computador pelos direitos de autor⁷ – senão mesmo já com a protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores⁸ –, na sequência de um Livro Verde da Comissão⁹, escrito na linha do referido Livro Branco de 1985, que anuncia o programa dirigente da actuação comunitária neste domínio. Aliás, à semelhança do que tem sucedido em outros domínios, nomeadamente a defesa do consumidor¹⁰ ou a propriedade industrial¹, os

¹ 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 (transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril).

² Directiva n.º 2000/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial (transposta pelo Decreto-Lei n.º 42/2002, de 2 de Março).

³ Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional (transposta pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, entretanto revogado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, «Lei das comunicações electrónicas», que transpõe as directivas sobre redes e serviços de «comunicações electrónicas»).

⁴ Directiva 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho).

⁵ Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (transposta pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC).

⁶ Outras medidas do legislador comunitário com relevo para a construção jurídica da sociedade da informação incluem, nomeadamente, o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, e o Regulamento (CE) n.º 733/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo.eu.

⁷ Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro).

⁸ Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores (transposta pela Lei n.º 16/89, de 30 de Junho, agora formalmente revogada pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que aprova o “novíssimo” Código da Propriedade Industrial). Ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, II, Coimbra, Almedina, 2002, 309.

⁹ *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia — Aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, 16.3.1988.

¹⁰ Ver, nomeadamente, Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, 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, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à

direitos de autor e conexos têm sido objecto de diversos instrumentos de harmonização comunitária, como sejam, para além dos já referidos, as directivas sobre direito de aluguer, direito de comodato e certos direitos conexos ao direito de autor², radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo³, prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos⁴, direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas⁵, e sobre respeito dos direitos de propriedade intelectual⁶.

1.2. Vamos centrar a nossa análise em alguns aspectos da directiva 2001/29/CE. Esta directiva harmoniza o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos.⁷ Trata-se de uma harmonização marcadamente *funcional*, no sentido de que os direitos de autor e conexos são colocados ao serviço

protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («*time-sharing*»), 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 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, 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 garantias conexas, Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação, Recomendação da Comissão de 4 de Abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»).

¹ Ver, nomeadamente, Primeira Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1988 que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (89/104/CEE), Directiva 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária, Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos, Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho de 12 de Dezembro de 2001 relativo aos desenhos ou modelos comunitários, Regulamento (CEE) n.º 2081/92 do Conselho, de 14 de Julho de 1992, relativo à protecção das indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios (alterado pelos Regulamentos (CE) n.º 535/97 do Conselho, de 17 de Março de 1997, n.º 1068/97 da Comissão, de 12 de Junho de 1997, e n.º 2796/2000 da Comissão de 20 de Dezembro de 2000), Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho de 27 de Julho de 1994 relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais, Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 8 de Junho de 1992, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos, Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos, Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, Regulamento (CE) n.º 3295/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, que estabelece determinadas medidas relativas à introdução na Comunidade e à exportação e reexportação da Comunidade de mercadorias que violem certos direitos de propriedade intelectual (segundo a redacção introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 241/1999 do Conselho de 25 de Janeiro de 1999).

² Directiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor (transposta pelo Decreto-Lei n.º 332/97 de 27 de Novembro).

³ Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97 de 27 de Novembro).

⁴ Directiva n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (transposta pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro).

⁵ Directiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas.

⁶ Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

⁷ Sobre os trabalhos preparatórios ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Studia Iuridica 55, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

de outros valores, como resulta dos considerandos da directiva.¹ Além disso, não é uma harmonização completa, já que versa apenas alguns aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação² – embora o título possa ser enganador, já que diversos aspectos regulados não são exclusivos nem sequer específicos da sociedade da informação.³

Para começar, a harmonização é considerada necessária em virtude do seu valor como instrumento de criação do mercado interno de livre concorrência (cons. 1). Depois, os direitos de autor são considerados um instrumento de protecção e promoção do desenvolvimento e comercialização de novos produtos e serviços, bem como da criação e exploração do seu conteúdo criativo (cons. 2). Além disso, os direitos de autor e conexos são entendidos como instrumento de salvaguarda e fomento de postos de trabalho (cons. 4). Um outro argumento utilizado no prefácio da directiva para justificar a harmonização destes direitos é a sua necessidade enquanto instrumento de promoção de “economias de escala” na sociedade da informação (cons. 6), e aponta-se também o desenvolvimento adequado da sociedade da informação como novo fundamento da harmonização comunitária dos direitos de autor (cons. 7). Finalmente, a harmonização comunitária apoia-se ainda no valor do

¹ A concepção funcional dos direitos de autor é uma componente fundamental da tradição dos países anglo-saxónicos. A Lei da Rainha Ana de Inglaterra (1710) começou por colocar esta primeira lei moderna do copyright ao serviço da promoção da aprendizagem (“An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned.”). A formula é retomada pela Constituição Americana (Art. 1, § 8, cl. 8.: “The Congress shall have power ... to Promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”). Em vista da função constitucional que o justifica, o *copyright* é analisado enquanto instrumento de regulação económica, social e cultural (ver, por exemplo, Pamela Samuelson, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, IIP, 1998, com Recensão nossa no Boletim da Faculdade de Direito, LXXVI 2000, 667), justificando-se as suas soluções pelos efeitos benéficos ou maléficos que produza, numa lógica custo/benefício tributária da análise económica do direito. De todo o modo, como refere Jorge de Sinde Monteiro: “A análise económica do direito, a que não seremos nós a negar interesse, poderá constituir, pensamos, uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito” (*Análise económica do direito*, BFD, LVII 1981, 249). De resto, num domínio de grande importância actual, que é a instituição de uma compensação equitativa pela reprodução para uso privado, parece que o esquema de taxas e o sistema de exclusivos podem ambos ter benefícios e custos sociais, existindo argumentos económicos disponíveis a favor e contra qualquer uma das abordagens (ver Koelman, *The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM*, in *De toekomst van het auteursrecht*, Bijdragen Symposium 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom, 39-59).

² “A Directriz está muito longe de ter versado exaustivamente as questões que necessitam de harmonização a nível comunitário no domínio do direito de autor: basta pensar no ‘direito moral’ e na gestão colectiva, que continuam por harmonizar” - José de Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIII 2002, 917. A legislatura comunitária parece servir-se do «lema» sociedade da informação para executar o seu programa normalizador, falando-se até já num Código Europeu do Direito de Autor, à semelhança do que se passa em outros domínios.

³ Sobre a directiva 2001/29/CE ver J. Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., P. Bernt Hugenholtz, *Brussels broddelwerk. Recht en krom in de Auteursrechtlijn*, 25 AMI 1/2001, 2-8; Id., *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR 11/2000, 499 (apelidando a directiva de “monstrosity” - 502); Jörg Reinbothe, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR Int. 2001, 733-745; Thierry Desurmont, *La Communauté européenne, les droits des auteurs et la société de l’information*, RIDA 190/2001, 3; Gerald Spindler, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 2/2002, 105; M. Hart, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, EIPR 2/2002, 58; Michael Lehmann, *The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment*, IIC 34/5/2003, 521; Lucie Guibault, *Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 15, 2/2003, 537; M. Buydens, *La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information: le régime des exceptions*, A&M 2002, 429; Séverine Dusollier, *Exceptions and technological measures in the European Copyright Directive of 2001 – An Empty Premise*, 34 IIC 2003, 62.

direito de autor como instrumento de promoção da produção cultural europeia e de garantia da independência e dignidade dos criadores e intérpretes (cons. 11).

Em suma, estes considerandos mostram bem que a legislatura comunitária funcionaliza os direitos de autor e conexos ao mercado interno (1), ao desenvolvimento e comercialização de novos produtos e serviços, e da criação e exploração do seu conteúdo criativo (2), à salvaguarda e fomento de postos de trabalho (4), à promoção de “economias de escala” na sociedade da informação (6), ao desenvolvimento adequado da sociedade da informação (7), e à promoção da produção cultural europeia e independência e dignidade dos criadores e intérpretes (11).

Ora, será que a funcionalização dos direitos de autor e conexos a fins que tradicionalmente lhe são estranhos – à excepção dos escopos referidos nos considerandos 2, *in fine*, e 11, *in fine* -, introduz na lógica interna destes direitos novas coordenadas de regulação? Por outras palavras, terá a legislatura comunitária feito “tábua rasa” dos fundamentos tradicionais dos direitos de autor e conexos ou terá apenas aduzido novas razões justificativas da harmonização? Mas de que modo se projectam estas novas directrizes de fundamentação ao nível da configuração normativa dos direitos de autor e conexos?

O prefácio da directiva esclarece que a harmonização respeita os princípios fundamentais do direito e, em particular, a propriedade – incluindo a propriedade intelectual -, a liberdade de expressão e o interesse geral (cons. 3). Nesse sentido, a harmonização destinar-se-ia sobretudo a proceder à adaptação dos direitos de autor no sentido de abranger “as novas formas de exploração” (cons. 5), tendo em conta a especificidade dos serviços da sociedade da informação (cons. 6). Por outras palavras, a directiva teria alargado os limites da propriedade intelectual para abranger “as novas formas de exploração”.

Mas, de que modo terá acolhido aqueles outros fundamentos tradicionais do direito de autor, em especial a liberdade de expressão e o interesse geral? Significará a funcionalização dos direitos de autor e conexos ao mercado interno, ao comércio electrónico, ao emprego, às economias de escala, ao desenvolvimento da sociedade da informação e à produção cultural europeia apenas mais propriedade para os titulares de direitos, em detrimento da liberdade de expressão e do interesse geral?

A directiva segue o critério do elevado nível de protecção da propriedade intelectual que considera fundamental para a criação intelectual. Para o efeito, situa a propriedade intelectual no quadro do direito de propriedade. “A propriedade intelectual é pois reconhecida como parte integrante da propriedade” (cons. 9). O enquadramento da propriedade intelectual, em especial dos direitos de autor e conexos, no âmbito da propriedade é uma solução de continuidade com a tradição jurídica da generalidade dos Estados-membros.¹

¹ Certamente por isso o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa prevê a protecção da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União, que incorpora (Art. II-76.º(2): “É protegida a propriedade intelectual”, embora mantenha a referência à propriedade industrial e comercial como justificação de restrições à livre circulação de mercadorias. (art. III-154.º). Será isto a última peça do puzzle, ou o fundamento de uma codificação europeia completa da propriedade intelectual, enquanto competência comunitária exclusiva? Ou seja, trata-se de uma norma “reflexiva” que se limita a consagrar uma tradição constitucional, ou antes de um preceito constitucional “dirigente” no sentido de abrir a implementação de um programa normalizador comum como se a constituição fosse o “código-fonte” do sistema? Esta segunda via seria mais um sinal de que, “a nível europeu... parecem reencontrar argumentos as teses do “direito forte” através de uma programática constitucional dirigente” - J.J. Gomes Canotilho, *A Constituição Europeia entre o Programa e a Norma*, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 22.

Porém, até que ponto a funcionalização dos direitos de autor ao mercado interno, à sociedade da informação e à produção cultural europeia não se traduz numa concepção radicalmente mais «proprietarista» do que o «proprietarismo» tradicional dos Estados-membros? Em especial, tendo ficado na forma de lei que os direitos de autor são harmonizados em virtude da sociedade da informação (art. 1.º, 1), que propriedade é exigida por esta “nova” sociedade?

1.3. A funcionalização dos direitos de autor e conexos ao mercado interno e à sociedade da informação parece sacrificar a dimensão moral do direito de autor. A propriedade da legislatura comunitária, orientada sobretudo para os interesses do mercado interno e do comércio electrónico na sociedade da informação, afirma-se, desde logo, como uma “propriedade” sem conteúdo moral. Com efeito, a directiva não cuida dos direitos morais dos autores e artistas, limitando-se a remeter no preâmbulo para a lei interna dos Estados-membros, tendo em conta a Convenção de Berna e os Tratados da OMPI (cons. 19). Por outras palavras, os direitos morais são problema da lei interna dos Estados-membros, que deles deverão cuidar segundo as exigências da Convenção de Berna e dos tratados OMPI. Sabe a pouco, tanto mais que se considera que o direito de autor é um instrumento de garantia da independência e dignidade dos criadores e intérpretes (cons. 11).¹

Por outro lado, uma questão particularmente sensível no problema da nova fundamentação dos direitos de autor é a que se prende com a tutela jurídica das medidas técnicas de protecção de direitos. Segundo o preâmbulo da directiva, parece que a legislatura comunitária vê nas possibilidades da técnica um *prolongamento natural dos poderes jurídicos* conferidos pelos direitos de autor e conexos. Isto é, o titular de direitos de autor e conexos teria o poder de tapar e de demarcar a sua propriedade mediante aplicações criptográficas e estenográficas. É bem claro a este respeito o considerando 13: “É fundamental procurar em comum e aplicar coerentemente, a nível europeu, medidas de carácter técnico destinadas a proteger as obras e outro material protegido e assegurar a informação necessária sobre os direitos, porque o objectivo último dessas medidas é o de dar realidade concreta aos princípios e garantias estabelecidos pelas normas jurídicas.”

Só que tradicionalmente as normas jurídicas também estabelecem outros princípios e garantias, como sejam a liberdade de expressão e o interesse geral, que impõem limites à propriedade intelectual, quer quanto ao objecto, quer quanto ao conteúdo de protecção. Disso se dá conta a legislatura comunitária, considerando que a educação e o ensino justificam excepções aos direitos (cons. 14). Vai mesmo mais longe e estabelece um espaço de trânsito livre, ao excluir do conceito de reprodução certos actos meramente técnicos (art. 5.º, 1); porventura de acordo com o espírito dos Tratados da OMPI, que se propõe implementar (cons. 15). Esse espaço de trânsito livre destina-se, fundamentalmente, a isentar de responsabilidade os prestadores de serviços da Internet (ISP), na linha do regime antes estabelecido pela directiva sobre comércio electrónico (cons. 16) – mas acrescentando a possibilidade de os titulares de direitos solicitarem injunções contra os intermediários.

É essa, de resto, a única excepção propriamente dita à definição ampla dos actos que integram o direito de reprodução (cons. 21 e art. 2.º). Definição ampla, uma vez que se pretende colocar o direito de autor ao serviço da promoção cultural sem contemplos com a pirataria (cons. 22).

¹ Para uma interpretação do sentido e valor do silêncio do legislador comunitário no domínio dos direitos morais ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, cit., § 43. *O Silêncio dos Direitos Morais*.

1.4. Ampla é, de igual modo, a noção do direito de comunicação ao público (art. 3.º), que abrange todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações (cons. 23). Enquadrado no direito de comunicação ao público é o direito de colocar as obras à disposição do público – embora “não abrangendo quaisquer outros actos” (cons. 24) -, através das chamadas transmissões interactivas a pedido, que se caracterizam pelo facto de qualquer pessoa poder aceder às obras a partir do local e no momento por ela escolhido (cons. 25). A este propósito, considera-se desejável encorajar licenças colectivas para a radiodifusão relativamente aos direitos dos fonogramas a pedido (cons. 26) e esclarece-se que os meios técnicos não são a comunicação (cons. 27).

Por outro lado, o direito de distribuição de obra incorporada num produto tangível é incluído no núcleo económico dos direitos de autor e conexos (art. 4.º). Consagra-se o princípio do esgotamento do direito de distribuição. Trata-se, porém, apenas, de esgotamento comunitário, ressalvando-se o não esgotamento internacional. “Tal direito não se esgota em relação ao original ou cópias vendidas pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, fora da Comunidade” (cons. 28). Além disso, na linha anteriormente estabelecida pela directiva sobre bases de dados, esclarece o considerando 29 que “a questão do esgotamento não é pertinente no caso dos serviços, em especial dos serviços em linha. Tal vale igualmente para as cópias físicas de uma obra ou de outro material efectuadas por um utilizador de tal serviço com o consentimento do titular do direito.”¹ Donde parece resultar que o

¹ O princípio do esgotamento comunitário do direito de distribuição, elaborado para conciliar a territorialidade dos direitos de propriedade intelectual com a liberdade de circulação de mercadorias no mercado único, comporta duas dimensões diferentes. Por um lado, constitui uma limitação ao direito de distribuição, uma vez que este direito se extingue com o primeiro lançamento no mercado de cópias de uma obra com o consentimento do titular do direito. Por outro lado, do ponto de vista do direito comunitário, a regra do esgotamento significa, ainda, que se o titular de um direito de propriedade intelectual, ou um terceiro com o seu consentimento, lançar no mercado de um Estado-membro um produto que constitui uma exploração de um direito de propriedade intelectual, já não poderá opôr-se a que tal produto circule livremente em toda a Comunidade, ou seja, o titular não pode invocar o seu direito de distribuição para proibir a venda dessa mercadoria por um importador paralelo num outro Estado-membro. Nas palavras do Tribunal, os “Artigos 30 e 36 do Tratado significam que a protecção territorial concedida pela lei nacional à propriedade industrial e comercial não podem ter por efeito legitimar a insularização dos mercados nacionais e conduzir à fragmentação artificial dos mercados, e que, consequentemente, o titular de um direito de propriedade industrial ou comercial protegido pela lei de um Estado-membro não pode basear-se nessa lei para impedir a importação de um produto que foi licitamente comercializado num outro Estado-membro pelo próprio proprietário ou com o seu consentimento” (Caso 270/80, 9.2.1982 (*Polydor v. Harlequin Record Shops*), ECR 1982, 349). Todavia, esta comercialização de uma mercadoria que incorpora o seu direito intelectual não extingue outros direitos como, por exemplo, o direito de reprodução ou de adaptação. Com efeito, “a noção de colocação em circulação tem um significado bem preciso e o princípio do ‘esgotamento’ um domínio de aplicação estritamente definido: trata-se do acto pelo qual o produto ao qual se aplicam direitos intelectuais passa da mão do titular destes direitos à mão do distribuidor e assim de seguida até ao consumidor final” (Brigitte Castell, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris: PUF, 1989, 260). Para além disso, a orientação comunitária considera que cada prestação de serviço constitui também um acto que deve ser autorizado em si mesmo, sem que tal prejudique as futuras explorações, não se esgotando, portanto, estes direitos. Ou seja, não se equaciona da mesma forma a questão do esgotamento dos direitos em matéria de prestação de serviços, que são exemplificados através da radiodifusão, do aluguer e do comodato. Entende-se que, neste domínio, cada prestação é, com efeito, um acto que deve ser submetido a autorização, desde que o direito de propriedade intelectual o preveja. Assim, por exemplo, a radiodifusão ou a projecção em sala de um filme não produz o esgotamento do direito que ao titular assiste de autorizar ou de proibir, seja a radiodifusão ou projecção seguintes, seja a retransmissão por cabo. Em suma, conclui-se que, se a obra for incorporada num suporte material, fica sujeita à disposições em matéria de livre circulação de mercadorias e, por conseguinte, ao princípio do esgotamento comunitário. Se a obra não for incorporada num suporte material, mas integrada numa prestação de serviços, podendo, nessa medida, repetir-se de forma ilimitada, não pode aplicar-se a regra do esgotamento (cfr. *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, 44-8). Em conformidade, parece prevalecer o entendimento segundo o qual “o direito de distribuição (*Verbreitungsrecht*) é, por um lado, limitado à primeira oferta de colocação em circulação de exemplares corpóreos da obra, e, por outro, nessa medida, vinculado inseparavelmente ao esgotamento” (Gerhard Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, von Thomas Dreier, Katzenberger, Silke v. Lewinski, Gerhard Schricker), Baden-Baden: Nomos, 1997, 127). Além do mais, o esgotamento não vale para os actos de

esgotamento não se aplicaria assim à cópia privada efectuada na sequência de transmissão interactiva a pedido (art. 5.º, 4). Além disso, a distribuição electrónica é implicitamente excluída da regra do esgotamento comunitário, parecendo o comércio electrónico directo beneficiar de um privilégio em relação ao comércio electrónico indirecto e ao comércio tradicional.¹

A natureza «proprietarista» dos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição revela-se também na sua concepção como direitos disponíveis, no sentido de que podem ser objecto de actos de disposição, oneração e administração. Nos termos do considerando 30, os direitos de autor podem ser transferidos, cedidos ou sujeitos à “concessão de licenças numa base contratual”.²

1.5. Para além de definir o conteúdo positivo dos direitos de autor, a directiva pretendeu, de igual modo, delimitar o seu recorte negativo, mediante uma “enumeração exaustiva” (32) das excepções permitidas. São previstas excepções ao direito de reprodução (art. 5.º, 2) e excepções comuns ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público (art. 5.º, 3).

As exigências do mercado interno, do comércio electrónico e da sociedade da informação justificaram, na óptica da legislatura comunitária, que as excepções e limitações fossem definidas de uma forma mais harmonizada. Desde logo, seria necessário sujeitar as excepções e limitações tradicionais às especificidades da sociedade da informação, tal como se lê no considerando 31, 2.º período: “As excepções ou limitações existentes aos direitos estabelecidos a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico.”

Esta linha de orientação traduziu-se, fundamentalmente, na consagração de um direito de autor “a duas velocidades”. A primeira refere-se ao ambiente analógico e significa, basicamente, a conservação do recorte negativo do direito de autor, tal como operado pelas legislações internas dos

aluguer e comodato, como de resto era há muito sustentado por Eugen Ulmer (*Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auf., Berlin: Springer, 1980, 236 - “Der Verleih oder die Vermietung von Exemplaren begründet keine Erschöpfungs des Verbreitungsrechts.”). A nível comunitário, a regra do não esgotamento do direito de aluguer foi também firmada por via jurisprudencial (cfr. Adolf Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos, 1978, 137 ss; ver por exemplo o caso 158/86, 17.5.1988 (*Warner v. Metronome*), ECR 1988, 2631: “os artigos 30 e 36 do Tratado CEE não proibem a aplicação da legislação nacional que confere ao autor o direito de fazer depender do seu consentimento o aluguer de cassetes-vídeo, quando as cassetes em questão já tenham sido postas em circulação com a sua autorização num outro Estado-membro cuja legislação permite ao autor controlar a venda inicial, sem lhe conceder o direito de proibir o aluguer”).

¹ É significativo que o problema seja tratado apenas nos considerandos explicativos da directiva. Daqui poderia retirar-se que a solução não é vinculativa para os Estados-membros, que seriam livres de consagrar entendimento diverso. Nas palavras de Oliveira Ascensão: “A exclusão do esgotamento é uma posição anticonsumidor e antiliberdade de tráfego, e cada país a regulará como tem regulado, até surgir uma posição comunitária vinculativa em contrário” (*A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 924). E, com efeito, o debate não está encerrado, sendo muito debatida a questão do esgotamento no comércio electrónico directo de obras protegidas por direitos de autor - ver, mais recentemente, Brian Mencher, *Digital transmissions: to boldly go where no first sale doctrine has gone before*, UCLA EntLR 10/1/2002, 47; Christian Berger, *Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie*, GRUR 3/2002, 198; Eric Tjong Tjin Tai, *Exhaustion and Online Delivery of Digital Works*, EIPR 5/2003, 207; Till Jaeger, *Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht*, in Reto M. Hilty / Alexander Peukert, (Hrsg.) *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2004, 47.

² Esta configuração do direito de autor, no sentido de abranger as facultades económicas de *utendi, fruendi e abutendi* típicas da propriedade plena, será mais uma “ponte” não apenas entre os sistemas de *droit d’auteur* e de *copyright* (vide Julia Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, com recensão nossa em Boletim da Faculdade de Direito, LXXIV 1998, 801), mas sobretudo dentro do primeiro entre as concepções do monismo de raiz germânica e o dualismo de tradição latina. Isso não prejudica, todavia, certas pretensões remuneratórias, de natureza económica, estabelecidas por outras directivas, que são irrenunciáveis. Poderá dizer-se que o direito de autor europeu consagra uma concepção dualista de *droit d’auteur* mitigada com certos elementos de monismo, em prol da protecção dos autores.

Estados-membros. A segunda refere-se ao ambiente digital e traduz-se, sucintamente, numa lista mais apertada de limitações, para além de exaustiva e de adopção facultativa.

Em todo o caso, do círculo de reserva do direito de reprodução no ambiente electrónico é excluída uma série de actos de reprodução meramente técnica, como o «browsing» e o «caching», na condição nomeadamente de não terem em si significado económico e se destinarem a permitir uma utilização legítima. “Os actos de reprodução em questão não deverão ter, em si, qualquer valor económico”, lê-se no considerando 33, *in fine*, mais se acrescentando que “uma utilização deve ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular de direitos e não estiver limitada por lei.”

Estes actos de reprodução meramente técnica são considerados, nos termos das condições previstas, irrelevantes para os direitos de autor. Já as outras limitações, embora impliquem uma compressão do direito de autor no sentido de direito exclusivo, não são irrelevantes, uma vez que ao titular de direitos é atribuída uma compensação equitativa pela utilização feita em certos casos de excepções.¹ (35) “Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares de direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento.”²

Ou seja, a compensação equitativa não é devida nos casos em que a utilização da obra é licenciada pelo titular de direitos (1), ou quando o titular utiliza medidas tecnológicas de protecção da obra (2) e ainda quando se trate de prejuízos mínimos, segundo a regra *de minimis* (3). Não obstante, o considerando 36 refere a possibilidade de os Estados-membros alargarem a compensação equitativa a outros casos, nomeadamente a reprografia, que é excluída da harmonização por se entender que não afecta o mercado interno (cons. 37).

1.6. A cópia privada é prevista como uma das possíveis excepções, pela qual é devida compensação equitativa, acrescentando-se que os sistemas de remuneração devem distinguir a cópia analógica da digital, sendo esta última a que terá maior impacto económico (cons. 38). Isto aponta no sentido de que os sistemas de remuneração compensatória devida pela liberdade de cópia privada deveriam “taxar” mais os suportes e equipamentos digitais do que os analógicos.

Não obstante a directiva possibilitar aos Estados-membros a consagração da excepção de cópia privada entende-se que esta excepção não deverá inibir nem a utilização de medidas de carácter

¹ A “compensação equitativa” (*fair compensation*) pela reprodução no ambiente multimédia foi por nós já sustentada em *Media Analysis and Copyright: Prospective europe viewe dal balcone atlantico / European Perspectives Viewed from the Atlantic*, Comunicação apresentada ao Congresso Internacional *Media e Copyright: Come armonizzare una questione europea / How to Harmonize a European Issue*, promovido pela EMAA - European Media Analysts Association, realizado em Stintino (Sassari), nos dias 23 e 24 de Maio de 1997 (ver Actas do Congresso, 86-91).

² Segundo Oliveira Ascensão, isto significaria, no domínio do uso privado, que “o que era livre passou a ser reservado, e objecto dum direito de remuneração” (*A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 927).

tecnológico nem a repressão dos actos destinados a neutralizá-las (cons. 39).¹ Disto resulta um sistema de liberdade de cópia privada *a duas velocidades*, já que no âmbito digital esta liberdade poderá ser conformada pelos titulares de direitos mediante a utilização de sistemas anti-cópia que permitam controlar o número de reproduções. Como reforço da protecção dos interesses dos titulares de direitos, acrescenta-se: (52) “A fim de evitar abusos na utilização dessas medidas, as medidas de protecção de natureza tecnológica aplicadas em sua execução devem gozar de protecção jurídica”. Além disso, os serviços interactivos a pedidos ficam excepcionados da liberdade de cópia privada (art. 6.º, 4, 4.º período), na medida em que a sua prestação seja efectuada numa base contratual (cons. 53).

Uma outra excepção que fica sujeita a um regime de duas velocidades é a liberdade de reprodução para arquivos e bibliotecas, que não vale no ambiente electrónico em linha. “Tal excepção ou limitação não deve abranger utilizações no contexto do fornecimento em linha de obras ou outro material protegido”, lê-se no considerando 40.

Além disso, a excepção para fins de investigação pedagógica e científica é também rodeada de grandes cautelas, já que se considera (42) que na “aplicação da excepção ou limitação para efeitos de investigação pedagógica e científica não comercial, incluindo o ensino à distância, o carácter não comercial da actividade em questão deverá ser determinado por essa actividade propriamente dita. A estrutura organizativa e os meios de financiamento do estabelecimento em causa não são factores decisivos a esse respeito”.

1.7. Em todo o caso, a consagração das excepções e limitações previstas na lista exaustiva da directiva fica ainda subordinada ao respeito pela regra internacional dos três passos (art. 5.º, 5).² À qual se acrescenta uma cautela redobrada, em atenção ao ambiente de risco do novo ambiente electrónico. Nos termos do considerando 44: “A previsão de tais excepções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico. Consequentemente, o alcance de certas excepções poderá ter quer ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido.” Esta cautela suplementar, imposta pelo maior impacto económico que se

¹ Vide G. Davies, *Copyright in the Information Society: Technical Devices to Control Private Copying*, in Ganea/Heath/Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Gestern – Heute – Morgen*, Festschrift für Adolf Dietz, Beck, München, 2001, 307.

² Sobre a subordinação das excepções à regra dos três passos, em especial a cópia privada, Mihaly Ficsor, *How much of what? The «three-step test» and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA 192/2002, 111; Jane Ginsburg, *Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur*, RIDA 187/2000, 3; A. Lucas, *Le «triple test» de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC «Etats-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur»*, in P. Ganea/C.Heath/G. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht, Gestern – Heute – Morgen*, cit., 423; M. Buydens / S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur: évolutions dangereuses*, Com. Comm. Électr. 2001, 15; Stefan Bechtold, *Digital Rights Management: Destruction or Protection of the Commons?*, JAVI 5/2003, 162; Marie Cornu, *L'accès aux archives et le droit d'auteur*, RIDA 195/2003, 3; Helenara Braga Avancini, *Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais*, Revista da ABPI 63/2003, 16; Peter Rott, *TRIPS-Abkommen, Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer*, GRUR Int 2/2003, 118; Martin Senfleben, *Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests. Genügt die deutsche Regelung zur Privatkopie den Vorgaben des internationalen Rechts?*, CR 12/2003, 914; Id., *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test (An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law)*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004; Id., *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 159; Geiger, Christophe, *Right to Copy v. Three-Step Test (The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment)*, CRi 1/2005, 7.

atribui às excepções e limitações no contexto do novo ambiente electrónico, foi já considerada como a adição de um quarto passo à regra tradicional dos três passos relativa às excepções e limitações aos direitos de autor e conexos.¹

Independentemente de se tratar de um novo passo da regra de razão ou antes de uma exigência de consideração das especificidades do novo ambiente electrónico que ilumina os três passos da regra, a verdade é que reforça a ideia de um regime de excepções a duas velocidades. Na segunda velocidade, a do ambiente digital, considera-se que as excepções não devem impedir relações contratuais destinadas a assegurar compensação equitativa para os titulares de direitos (cons. 45). Todavia, isto não significa que aos titulares de direitos seja possível impedir as utilizações livres previstas nas excepções, antes apenas prever a possibilidade de cobrança da compensação numa base contratual, por meios alternativos à gestão colectiva.

1.8. Como referimos, um dos pontos principais da directiva é a protecção jurídica contra a neutralização (e actos afins) de medidas técnicas (47). Com isto desenha-se um *terceiro círculo* de protecção. O primeiro círculo, composto pelos direitos de autor, é englobado por um segundo, que consiste na aplicação de medidas técnicas de protecção. Estas, só por si, poderão ser mais eficazes do que a protecção legal dos direitos de autor. Mas, como se tal não bastasse, a legislatura comunitária, a propósito dos Tratados da OMPI, estabelece um novo círculo de protecção, que se traduz na tutela jurídica das medidas tecnológicas de protecção dos direitos de autor.² Este regime não prejudica outra legislação aplicável, nomeadamente não prejudica a protecção dos serviços de acesso condicional (cons. 60, art. 9.º).

Um problema que se suscita a propósito disto é a interferência destas medidas técnicas de protecção com os equipamentos electrónicos. Considera-se que tal protecção não pode “impedir o funcionamento normal dos equipamentos electrónicos e o seu desenvolvimento tecnológico”, nem “deverá causar obstáculos à investigação sobre criptografia” (48). Isto tem o efeito de imunizar o mercado dos equipamentos electrónicos relativamente a essas medidas de protecção técnica. Não quer isto dizer que os equipamentos electrónicos possam ser produzidos e comercializados em termos de permitirem principal ou exclusivamente a neutralização de tais medidas técnicas. Entram em jogo as tecnologias multi-usos, que podem servir tanto para fins lícitos como para fins ilícitos.

Além disso, a proibição de neutralização de medidas tecnológicas eficazes não afecta a proibição de posse privada de dispositivos, produtos ou componentes destinados a neutralizar medidas de carácter tecnológico, que se entende ser matéria da legislação nacional (cons. 49).

Esclarece-se, de igual modo, que a protecção das medidas técnicas não deve impedir o desenvolvimento de meios técnicos necessários para permitir a realização de actos em conformidade com o n.º 3 do artigo 5.º ou com o artigo 6.º da Directiva 91/250/CEE (50). Neste considerando esclarece-se, *in fine*, que: “Os artigos 5.º e 6.º dessa directiva apenas determinam excepções aos direitos exclusivos aplicáveis a programas de computador.” Donde se poderia retirar, nomeadamente, que o direito à cópia de segurança não valeria para as obras literárias em geral.

¹ Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, Richard Davis, Michael Edenborough, James Graham, Simon Malynicz, Ashley Roughton, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2002, 369.

² A protecção anti-neutralização (art. 6.º, 1 e 2) destina-se às medidas eficazes, considerando-se como tal quando a utilização da obra for controlada através de um “controlo de acesso ou de um processo de protecção, como, por exemplo, a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo da protecção” (art. 6.º, 3).

Este ponto é deveras importante. Enquanto no regime dos programas de computador a legislatura comunitária atribuiu expressamente direitos aos utilizadores – direitos esses que justificam inclusivamente actos de neutralização de medidas técnicas de protecção –, já na directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação não é certo que essa atribuição se tenha verificado.¹ O mais que a directiva prevê é a obrigação de os Estados-membros estabelecerem medidas para que os titulares de direitos “forneçam aos beneficiários dessas excepções ou limitações meios adequados que lhes permitam beneficiar das mesmas” (51). Isto é, os titulares de direitos devem colocar à disposição dos beneficiários das excepções que “tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido em causa” os meios que lhes permitam beneficiar dessa excepção, sem prejuízo de poderem, quanto à copia privada, definir o número de cópias (art. 6.º, 4). Além disso, prevê que “as medidas de carácter tecnológico aplicadas voluntariamente pelos titulares de direitos, incluindo as aplicadas em execução de acordos voluntários, e as medidas de carácter tecnológico aplicadas em execução das medidas tomadas pelos Estados-Membros devem gozar da protecção jurídica prevista no n.º 1” (art. 6.º, 4, 3.º par.).

Mas justamente ao obrigar os titulares de direitos a fornecer aos beneficiários das excepções ou limitações (por ex., os deficientes – cons. 43) meios adequados que lhes permitam beneficiar das mesmas terá a directiva consagrado um mecanismo de execução específica, cuja configuração deixa todavia à legislação nacional, sem deixar de apontar a possibilidade de “novas formas jurídicas de resolução de litígios relativos ao direito de autor e direitos conexos” (46), numa alusão clara aos mecanismos alternativos de resolução de litígios (que as mais das vezes se têm traduzido, entre nós, em mecanismos administrativos).

Além disso, é importante notar que o regime da cópia privada em articulação com as medidas técnicas de protecção se aplica às directivas 92/100/CEE e 96/9/CE (art. 6.º, 4, 5.º par.). Donde decorre que, implicitamente, esta directiva esclareceu a directiva sobre bases de dados, no sentido de permitir a reprodução para uso privado de obras contidas em bases de dados electrónicas.

Por outro lado, é promovida a compatibilidade e interoperabilidade de sistemas técnicos de identificação de obras e outros materiais protegidos e os autores são incentivados a marcarem as obras no sentido de especificarem a sua autorização de introdução em redes (cons. 54 e 55). Este incentivo aos sistemas electrónicos de identificação e gestão de direitos é acompanhado por medidas jurídicas de protecção desses sistemas de informação para gestão electrónica de direitos, isto é, são protegidas as medidas de estenografia utilizadas pelos titulares de direitos (art. 7.º, cons. 56). Além disso, de modo a compatibilizar a estenografia com a privacidade dos utilizadores considera-se que

¹ Sobre o problema da neutralização das excepções aos direitos de autor (e do interesse público que prosseguem) através dos mecanismos tecnológicos de protecção e das licenças contratuais de utilização final, levantando-se a questão da natureza imperativa dessas excepções, ver, nomeadamente, Lucie Guibault, *Contracts and Copyright Exemptions*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International, London, 2000, 125; Id., *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, Amsterdam, 2002; Id., *Copyright limitations and »click-wrap« licences: what is becoming of the copyright bargain?*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 221; Lucie Guibault / Natali Helberger, *Consumer Protection and Copyright Law*, ECLG, Bruxelles, 2005; C. Geiger, *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*, A&M 2004, 213; Id., *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, CRi 10/2004, 815; Id., *Droit d'auteur et droit du public à l'information (Approche de droit comparé)*, Litec, 2004; Dana Beldiman, *The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their vigor be restored?*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 187; Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres)*, Larcier, 2005.

os meios técnicos devem conter PETs (*Privacy Enhancement Technologies*) de acordo com a directiva 95/46/CE (cons. 57).

1.9. Aspecto inovador da directiva e porventura ainda pouco destacado são as sanções contra a violação dos direitos de autor. Prevê-se, para além da indemnização e, quando adequado, da apreensão do material ilícito (incluindo dispositivos de neutralização), uma injunção contra os intermediários (art. 8, 2), por se considerar estarem frequentemente em melhor posição para porem termo a actividades ilícitas dos utilizadores dos seus serviços (cons. 58). Nos termos do preâmbulo, “os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede actos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os actos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º”.

Esta injunção e os termos em que é prevista (art. 8.º, 3) mostram bem as redobradas cautelas da legislatura comunitária na protecção dos direitos de autor, acentuando a dupla velocidade a que estão sujeitas as excepções e limitações aos direitos, consoante o ambiente analógico ou electrónico em que se faça a sua utilização.

§ 2. A europeização do direito de autor e a globalização da propriedade intelectual

2.1. A harmonização comunitária do direito de autor é realizada num contexto de internacionalização da propriedade intelectual.¹ Este não é, todavia, um fenómeno novo. Com efeito, a internacionalização da propriedade intelectual remonta aos finais do século XIX assentando em dois pilares fundamentais. Por um lado, a Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883)² e, por outro, a Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas (1886)³. Outros instrumentos internacionais se seguiram, afirmando-se ao mesmo tempo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual como a principal entidade responsável pela sua administração mundial.⁴

¹ Para mais desenvolvimentos, Alexandre Dias Pereira, *Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar Europeu sobre o Acordo ADPIC/TRIPS*, Revista da ABPI, 73/2004, 52; Id., *A Revisão do Acordo ADPIC/TRIPS (Alguns Tópicos)*, *Direito da Sociedade da Informação*, VI, Coimbra Editora.

² Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883) de 20 de Março de 1883, revista em Bruxelas a 14 de Dezembro de 1900, em Washington a 2 de Junho de 1911, na Haia a 6 de Novembro de 1925, em Londres a 2 de Junho de 1934, em Lisboa a 31 de Outubro de 1958 e em Estocolmo a 14 de Julho de 1967.

³ Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris em 4 de Maio de 1896, revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908, completada em Berna em 20 de Março de 1914 e revista em Roma em 2 de Junho de 1928, em Bruxelas em 26 de Junho de 1948, em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e em Paris em 24 de Julho de 1971, e modificada em 2 de Outubro de 1979.

⁴ A lista dos tratados administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual encontra-se disponível em <http://www.wipo.int/about-ip/en/ipworldwide/treaties.htm>. Para uma recolha do direito nacional, comunitário e internacional da propriedade intelectual, incluindo jurisprudência, veja-se Alexandre Dias Pereira, *Propriedade Intelectual: I. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2002.; *II. Código da Propriedade Industrial, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2003 (Textos Legislativos n.º 3 e 5, Coord. José de Faria Costa, Quarteto, Coimbra).

A internacionalização (a que também se chama globalização ou mundialização¹) da propriedade intelectual daria um passo muito significativo com o acordo relativo aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS).²

Em virtude deste acordo (ADPIC), os Estados Contratantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de propriedade intelectual. Estes direitos são entendidos em sentido amplo, no sentido de abranger, por um lado, a propriedade industrial (por ex., patentes, marcas e nomes de estabelecimentos) e, por outro, os direitos de autor e conexos e, ainda, certas formas sui generis como sejam a tutela do *know-how* empresarial.³

Com efeito, nos termos do art. 1º, 2, a propriedade intelectual abrange o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores (“configurações de circuitos integrados”) e o saber-fazer (“informações não divulgadas”). A observância dos padrões estabelecidos no Acordo relativo à protecção da propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC, que assim pode controlar as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.

¹ José António Gómez Segade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Studia Iuridica 48, BFDUC, Coimbra Editora, 2000, 7; Duncan Matthews, *Globalising Intellectual Property Rights: the TRIPs Agreement*, 2002.

² Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou “TRIPs”), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de Abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do “Uruguay Round” do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Sobre o Acordo ADPIC/TRIPs vide, por ex., Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a Concise Guide to the TRIPs Agreement*, London: Sweet & Maxwell, 1996; Friedrich-Karl Beier / Gerhard Schrickler (eds.), *From GATT to TRIPs: the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, New York, NY: VCH, 1996; Daniel Gervais, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2003. Raoul Duggal, *TRIPs-Ubereinkommen und internationale Urheberrecht: neue Entwicklungen im internationalen Urheberrecht unter dem Einfluss multilateraler Ubereinkunfte*, Koln: Heymann, 2001; J. Audier, *TRIPs Agreement: Geographical Indications* / Peter L. Kolker, *TRIPs Agreement: Patent Protection* / J.A.L. Sterling, *TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000; Alesch Staehelin, *Das TRIPs-Abkommen: Immaterialgüterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik*, Bern: Stampfli, 1999; Carlos M. Correa / Abdulqawi A. Yusuf (eds.), *Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement*, London; Boston: Kluwer Law International, 1998; Alberto Bercovitz [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; Id., *El derecho de autor en el acuerdo TRIPs*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, 877; Jörg Reinbothe, *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Meinhard Hilf / Wolfgang Oehler (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1991, 149. De entre numerosos artigos de revista, vide, por exemplo, Jörg Reinbothe, *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs*, GRUR Int. 1992, 707; John Worthy, *Intellectual Property After GATT*, EIPR 1994, 195; Carlos M Correa, *TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights*, IIC 1994, 543; Sam Ricketson, *The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights*, IIC 1995, 872; Paul Katzenberger, *TRIPs und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, 447; Thomas Dreier, *TRIPs und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, 205; Michael Lehmann, *TRIPs/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, 2; Silke von Lewinski, *Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts*, GRUR Int. 1996, 630; Paul Edward Geller, *Can the GATT Incorporate Berne Whole*, EIPR 1990, 423; Josef Drexl, *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt*, München: Beck, 1990; Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, *Os princípios estruturantes do acordo TRIPs: um contributo para a liberalização do comércio mundial*, Boletim de Ciências Económicas, XLVII 2004, 1-106.

³ Sobre o sentido da unidade dos direitos de propriedade intelectual veja-se, com mais referências, Alexandre Dias Pereira, *Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual*, ROA 2002, 467-485; v. tb. J.P. Remédio Marques, *Propriedade Intelectual e Interesse Público*, BFD LXXIII 2003, 293 ss.. A figura propriedade intelectual foi consagrada no nosso Código Civil (art. 1303.º), e é tradicionalmente objecto de tratamento unitário nos países anglo-saxónicos (e.g., William R. Cornish/David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003; Arthur R. Miller / Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Group, 2000).

2.2. De um modo geral, o Acordo ADPIC estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º). Além disso, define como objectivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º), estabelecendo certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual.¹

O acordo é norteado pelos interesses do comércio mundial, que pretende proteger e promover, através de uma regulamentação pormenorizada que confira certeza e segurança jurídicas aos agentes económicos.² Além do mais, este acordo parece implicar que, em diversos domínios, o interesse geral é ditado pelos interesses do comércio, o que não deixa de ser problemático. Pense-se, desde logo, no que respeita aos limites de protecção.³

Depois, o Acordo ADPIC não contempla expressamente as exigências do moderno comércio electrónico, não obstante conter normas que regulam aspectos nucleares da informática. Por exemplo, é prevista a protecção do *software* (programas de computador) e das bases de dados pelo *copyright* (art. 10.º), sendo estes bens essenciais no domínio da comercialização electrónica. Porém, a Internet é também utilizada para comercializar livros electrónicos, música, ou filmes.⁴

2.3. Em larga medida, o Acordo TRIPS trata os direitos de autor como *simples mercadorias de comércio*. Os direitos de autor parecem ser convertidos em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a *autoria*, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projecta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio.⁵

Mas é significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral dos direitos de autor, bastando-se com o seu valor mercantil, segundo a mais estrita concepção do *copyright*. Com isso

¹ Sobre as implicações económicas e sociais do TRIPS nos países em desenvolvimento ver, nomeadamente, Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries: the TRIPS Agreement and Policy Options*, 2000; Peter Rott, *Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen*, Baden-Baden: Nomos, 2002; Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2001; Gurdial Singh Nijar, *TRIPs and Biodiversity: The Threat and Responses: a Third World View*, Penang, Malaysia: Third World Network, 1996.

² Sobre o efeito da globalização ao nível da harmonização jurídica, Jarrod Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, London/New York: Pinter, 1999.

³ Ver José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, ROA 2001, 1195 ss; Debora J. Halbert, *Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights*, Quorum Books, Westport/Connecticut/London, 1999.

⁴ Exemplo do valor dos direitos de propriedade intelectual ao nível da Internet é a Convenção relativa ao Cibercrime, adoptada pelo Conselho da Europa em 23 de Novembro de 2001, em Budapeste, que prevê no Art. 10 as ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais.

⁵ Vide Paul Torremans, *Copyright as a Human Right*, in Paul Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights (Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy)*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, 1.

gera-se à escala mundial um direito de autor *sem autor*.¹ Com efeito, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), dispõe que eles “não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo artigo 6.º *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes” (art. 9.º, 1, 2.ª parte).

Ora, qual será o futuro do direito moral num direito de autor norteado em primeira linha pelos interesses do comércio mundial? Será a dimensão moral do direito de autor completamente estranha às exigências do comércio mundial? Gozará o comércio mundial de alguma imunidade ou de algum privilégio em relação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana projectada na liberdade de criação literária e artística e na protecção dos seus frutos?²

2.4. O Acordo ADPIC consagra a instituição global de um sistema apertado de direitos de propriedade intelectual. Tal sistema é erigido no contexto de um acordo geral sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. Todavia, é duvidoso se isto não significará a substituição dos impostos do Estado pelas *royalties* das grandes empresas privadas³, ficando o Estado onerado com os custos administrativos de fiscalização e punição das infracções.⁴

Consideremos a este respeito o chamado *esgotamento internacional* de direitos, em especial do direito de *distribuição*. O Acordo ADPIC não cuida desta matéria. Aliás, consagra uma norma nos termos da qual “nenhuma disposição do presente acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual” (art. 6.º). O direito de distribuição permite ao titular de direitos controlar, desde logo, a *primeira venda* de um objecto protegido no mercado de um determinado Estado. Tendo em conta o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, isto significa que o titular de direitos pode controlar as *importações paralelas*, fragmentando os mercados e praticando os preços de primeira venda em cada mercado nacional que mais lhe convierem.

À semelhança da experiência jurídica de alguns Estados-membros, nomeadamente da Alemanha⁵, formou-se no direito comunitário, primeiro por via jurisprudencial¹ e depois por via legislativa, o

¹ José de Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Iris, 1994, 1053 ss [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994].

² Ver José de Oliveira Ascensão, *O futuro do «Direito Moral»*, *Direito e Justiça*, XVIII, 2004, I, 41-63.

³ Sobre os “private sovereigns” ver Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth: Aldershot / Brookfield / USA / Singapore / Sidney, 1996, 145 ss (e a nossa recensão, BFD 2004); e, mais recentemente, Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2003.

⁴ Com efeito, uma das partes do ADPIC consideradas mais importantes é a que contém normas sobre aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual (parte III, arts. 41.º ss). Sobre o tema vide, por ex., M.C.E.J. Bronckers / D.W.F. Verkade, *TRIPs Agreement: Enforcement of Intellectual Property Rights*, with contributions from N.M. McNelis, Lanham, Md.: Bernan Associates, 2000.

⁵ Ver Friedrich-Karl Beier, *The principle of «exhaustion» in the national patent and copyright law of some European countries*, ROA 1991, 71-90. A *Erschöpfungslehre* surgiu pela pena de Kohler, sendo expressamente consagrada no § 17(2) UrhG, nos termos do qual “se a obra original ou cópias dela tiverem sido distribuídas através da sua alienação com o consentimento do titular do direito de distribuição da obra no território da União Europeia ou de outro Estado signatário do Acordo sobre a Área Económica Europeia, a sua distribuição posterior será permitida, excepto para efeitos do aluguer.” O princípio do esgotamento (*Erschöpfungsgrundsatz*) constitui uma regra geral que a jurisprudência constante do BGB firmada na decisão *Kaberfernsehen in Abschattungsgebieten* de 7 de Setembro de 1980, de acordo com a teoria de v. Gamm, considera válida, inclusivamente, no domínio do direito de comunicação ao público, apesar de todas as críticas que lhe são dirigidas por autores como Hubmann, Nordemann e Schrickler (cfr. Ulrich Joos, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, München: Beck, 1991, 217-9, com mais referências). O problema foi de novo

princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único². Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-Membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito.³ Todavia, no domínio do comércio electrónico directo esse princípio não se aplica, uma vez que se entende que se trata de uma actividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação).⁴

discutido em relação às transmissões em linha a pedido, repondo-se de novo o debate entre as doutrinas da segurança do tráfego jurídico e a doutrina da recompensa (idem, *ibidem*, 80-1). Por um lado, para a doutrina da segurança do tráfego jurídico (*Verkehrssicherungstheorie*), o fundamento da exaustão dos direitos consiste em não impedir injustificadamente a distribuição posterior de exemplares colocados no mercado, assegurando a segurança das relações do tráfego jurídico-negocial e o interesse da livre circulação de mercadorias; no caso da distribuição de exemplares corpóreos de obras o direito de exploração do autor será limitado em ponderação com outros bens jurídicos, nomeadamente o direito de propriedade sobre o exemplar da obra. Porém, este conflito entre dois direitos absolutos - o direito do autor relativo à obra e a propriedade sobre o suporte corpóreo do seu exemplar distribuído - não teria lugar nas transmissões em linha a pedido, uma vez que o meio de transporte (por ex. sinais radiofónicos e televisivos, luz, impulsos electrónicos) não constituiria objecto de um direito absoluto negociável. Por outro lado, para a “doutrina da recompensa” (*Belohnungstheorie*) o princípio do esgotamento seria aplicável também neste domínio uma vez que o titular dos direitos teria a possibilidade aquando da primeira alienação da cópia da obra de receber uma remuneração pela sua prestação espiritual, estando nessa medida cumprido o fim do direito de distribuição. Todavia, contra esta perspectiva argumenta-se que na transmissão digital a utilização posterior do exemplar reproduzido não será de todo irrelevante, uma vez que poderá ser ilimitadamente reproduzido e transmitido a terceiros (efeito de multiplicação), não sendo possível ao titular dos direitos receber uma compensação adequada pela primeira venda, além de que mesmo na distribuição de exemplares corpóreos não se esgotam certos direitos como, por ex., o direito de aluguer (*vide* Thomas Dreier, *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in Jürgen Becker / Thomas Dreier (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden: Nomos, 1994, 123; Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 9. Aufl., München: Beck, 1996, 151; Helmut Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, Neuwied: Luchterhand, 1996, 101 ss; Michael Lehmann, *Digitalisierung und Urhebervertragsrecht*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997, 60).

¹ Para uma análise da jurisprudência comunitária segundo a qual o princípio do esgotamento do direito de distribuição se aplica, apenas, à venda de cópias materiais - produtos - pelo titular dos direitos ou por terceiro com o seu consentimento, e já não à prestação de serviços: Proc. 78/70 (*Deutsche Gramophon/Metro*), Rec. 1971, 487; Proc. 62/79 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1980, 881; Procs. 55-57/80 (*Musikvertrieb Membran/Gema*), Rec. 1981, 147; Proc. 279/80 (*Polydor/Harlequin Record Shops*), Rec. 1982, 329; Proc. 262/81 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1982, 3381; Proc. 156/86 (*Warner Brothers and Metronome Video/Christiansen*), Rec. 1988, 2605, Proc. 341/87 (*EMI Electrola/Patricia*), Rec. 1989, 79, Proc. 395/87 (*Tournier*), Rec. 1989, 2521. Para além destes casos em matéria de direito de autor e direitos conexos, ver, ainda, sobre a livre circulação de mercadorias e a propriedade intelectual, caso 15/74, 31.10.1974 (*Centrafarm v. Sterling*), ECR 1974, 1147 (patentes); caso 102/77, 23.5.1978 (*Hoffmann-la Roche*), ECR 1978, 1139, e Caso C-10/89, 17.10.1990 (*Hag II*), ECR 1990, 3711 (objecto específico do direito da marca).

² Cfr. Directiva 2001/29/CE, art. 4.º (v. tb. considerando 28 e 29); Directiva 91/250/CEE, art. 4-c); Directiva 92/100/CEE, art. 1; Directiva 96/9/CE, arts. 5.º e 7.º (v. tb. considerando 33 e 43). Em matéria de marcas, Primeira Directiva (89/104/CEE), art. 7.º; Regulamento (CE) n.º 40/94, art. 13.º; em matéria de desenhos e modelos, Directiva n.º 98/71/CE, art. 15.º. O direito de distribuição, ainda que não sujeito ao esgotamento, é também consagrado no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (WCT, Genebra, 1996), arts. 6 e 12. O Acordo ADPIC (1994, OMC) não toma partido sobre o problema do esgotamento internacional (art. 6.º), embora não deixe de consagrar o direito de controlar as importações.

³ Para desenvolvimentos ver David T. Keeling, *Intellectual Property in EU Law: Free Movement and Competition Law*, Oxford University Press January, 2004, 75 ss.

⁴ Cf. cons. 18 da Directiva 2000/31/CE; art. 5.º-c, e cons. 33, da Directiva 96/9/CE; cons. 19 da Directiva 2001/29/CE; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio electrónico e fiscalidade indirecta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art. 6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996. Sobre o princípio do esgotamento no âmbito da propriedade industrial ver Pedro Sousa e Silva, *Direito comunitário e propriedade industrial - O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996

Assim, a inexistência de um princípio de esgotamento internacional (e até comunitário no domínio do comércio electrónico directo¹) significa que os titulares de direitos poderão controlar as importações entre os Estados, exercendo o seu exclusivo no território de cada um deles. Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual conferem um privilégio comercial muito significativo aos titulares de direitos, privilégio esse que se traduz numa barreira ao livre comércio. Ou, por outras palavras, ao mesmo tempo que as taxas aduaneiras dos Estados têm que ser reduzidas ou eliminadas, os direitos de propriedade intelectual das empresas privadas terão que ser observados à escala global.²

2.5. Para além disso, deve destacar-se que o Acordo ADPIC limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e excepções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-Membros à regra dos *três passos*, nos termos da qual as excepções aos direitos exclusivos serão restritas a *casos especiais* que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2).³

Assim, as leis nacionais dos Estados Contratantes estarão sujeitas ao controlo desta regra. Pelo que um Estado Contratante cujas indústrias do *copyright* se sintam prejudicadas pelas leis nacionais de outro Estado Contratante poderá solicitar à OMC o controlo de conformidade destas leis nacionais com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Em vista disto, antecipou-se um movimento forte de “caça às excepções”.⁴

A este propósito interessa referir que o novo Tratado da OMPI (1996)⁵ sobre direito de autor também consagra expressamente a regra dos três passos (art. 10.º). Este Tratado destina-se a actualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Ora, em matéria de excepções, lê-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e excepções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contratantes configurar novas excepções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas excepções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, no *direito comunitário*, a directiva sobre aspectos do direito de autor na sociedade da informação harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a

¹ Não obstante afigurar-se seguro que pode haver distribuição por meios electrónicos: ver José de Oliveira Ascensão, *Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia*, RFDUL, XLIV 2003, 67; para desenvolvimentos sobre esta questão ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., 568 ss.

² Ver Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Electrónico*, in *Temas de Integração, A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, Almedina, 131.

³ Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e excepções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6). O Tratado OMPI sobre direitos conexos também consagra, neste domínio, a referida regra dos três passos (art. 16.º).

⁴ José de Oliveira Ascensão, *O Direito de Autor no Ciberespaço, Portugal - Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Colloquia 2, Coimbra, 94. Sobre o tema v. tb., por exemplo, Robert Burrell, *The Future of the Copyright Exceptions*, in D. McClean and K. Schubert (eds.), *Dear Images: Art, Copyright and Culture*, London: Ridinghouse, 2002, 434 ss.

⁵ Para desenvolvimentos sobre estes tratados ver, e.g., Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção. Este acto de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”¹.

Em matéria de excepções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na directiva sobre comércio electrónico. Além disso, prevê um catálogo exaustivo de excepções e limitações, de adopção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da *regra dos três passos*, isto é, “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

Mas, que significado tem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as excepções possíveis? Poderá funcionar ainda como um critério que vincula os actos de legislação nacional que transpõem a directiva? Ou tratar-se-á antes de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas directivas sobre os programas de computador² e sobre as bases de dados³, parecendo enxertar-se, *en passant*, uma cláusula de *fair use* ou *fair dealing* típica dos sistemas anglo-saxónicos?

Ora, a introdução de excepções legais aos direitos de autor está sujeita ao *controlo* da OMC, por força do acordo ADPIC. Nesse sentido, parece que as excepções previstas na directiva estarão sujeitas ao controlo de conformidade com a regra dos três passos prevista no acordo. Será que a directiva comunitária viola o Acordo ADPIC? Em última instância, caberá à OMC dizer que excepções estarão em conformidade com a regra dos três passos?

Se assim for, então as *exigências do comércio mundial* poderão sobrepor-se à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa e científica, instituindo excepções. Historicamente, a lei dos direitos de autor prevê excepções ao exclusivo destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural.⁴ Isto é, os direitos de autor comportam tradicionalmente excepções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação, nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas excepções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Depois, os direitos de autor consagram excepções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação. Ora, entre outros aspectos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor têm um importante valor social.⁵

¹ *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, cit., 15-6.

² Directiva 91/250/CEE, art. 6.º, 3.

³ Directiva 96/9/CE, art. 6.º, 3.

⁴ Incluindo a informação do sector público. Sobre a questão ver Alexandre Dias Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora, 2002, 243; José de Oliveira Ascensão, *A reutilização de documentos do sector público*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, Coimbra Editora, 2004, 65 ss.

⁵ Sobre esta problemática ver, nomeadamente, José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, ROA 2001, 1195 ss; Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim

2.6. Além disso, os legisladores nacionais poderão querer utilizar as suas leis do direito de autor com vista à promoção da liberdade de navegação na Internet, permitindo os actos de reprodução meramente técnica, os actos de *descompilação* de *software* e regulando as protecções tecnológicas.¹ No direito comunitário, por um lado, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos actos de reprodução temporária. Com efeito, a “directiva sobre comércio electrónico” determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses actos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os actos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais actos.² Além disso, a Directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os actos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas

da Faculdade de Direito, LXXV 1999, 475 s. Aliás, não é por acaso que se ouvem vozes no direito norte-americano a defender a inconstitucionalidade da lei do copyright na parte em que proíbe as chamadas obras derivadas (direito de adaptação, tradução, etc.) por violar a liberdade de imaginação garantida pelo First Amendment - Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, *The Yale Law Journal*, 112/2002, 1 (“the freedom of imagination articulates the First Amendment’s core commitment: no one may be legally punished for thinking an unauthorized thought or for expressing an unauthorized idea.”); v. tb. num domínio próximo Joshua D. Sarnoff, *Abolishing the Doctrine of Equivalents and Claiming the Future after Festo*, *Berkeley Technology Law Journal*, 2004, 1157 (à semelhança da inconstitucionalidade do direito à obra derivada). Além disso, a análise económica do direito desmontou já o argumento instrumental dos direitos de propriedade intelectual enquanto mecanismos de promoção do progresso das artes, das ciências e das tecnologias – ver Richard Posner, *Law and Literature*, enlarged and revised edition, Harvard University Press, 1998; sobre a análise económica da propriedade intelectual ver também, por exemplo, Ilkka Rahmasto, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003. De resto, é forte o movimento contra a repressão jurídica das novas potencialidades tecnológicas, numa espécie de movimento libertador dos códigos informáticos contra a sua “colonização” pelos códigos legais, em defesa da liberdade das ideias e da cultura – ver, nomeadamente, Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000, Id., *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, 2002, Id., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, 2004; Siva Vaidyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York University Press, 2003; v. tb. Jule E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of “Rights Management”*, *Michigan Law Review* 97/1998, 462; Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, *California Law Review* 2000, 2187; Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: the Troubling Implications of a Right to stop People from Speaking about You* / Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, ambos in *Stanford Law Review* 52/2000, 1049 e 1283; Jessica Bulman, *Publishing Privacy: Intellectual Property, Self-Expression, and the Victorian Novel*, *Comm/Ent* 2003, 73; June M. Besek, *Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, *Columbia JL&A* 2004, 385 (concluindo pela não alteração da DMCA – “At the present time, however, we should allow the new business models enabled by § 1201 the opportunity to continue to flourish” – 513); para mais referências ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor*, cit..

¹ Para desenvolvimentos ver Alexandre Dias Pereira, *A Liberdade de Navegação na Internet: Browsers, Hyperlinks, Meta-tags*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, Coimbra, 2002, 227.

² Para desenvolvimentos, numa perspectiva de transposição do acto comunitário, ver José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, RFDUL, XLIV 2003, 227. Para uma análise sucinta da transposição ver Alexandre Dias Pereira, *Princípios do comércio electrónico (breve apontamento ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)*, *Miscelâneas*, n.º 3, IDET, Coimbra, Almedina, 2004, 75; *Comércio electrónico e consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, CDC/FDUC, Coimbra, 2004.

ou mesmo incorporantes (o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal).¹

Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes². Um outro aspecto diz respeito à regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte electrónico, bem como assim da protecção dos sistemas técnicos de protecção e identificação, que é indispensável para se impedir que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”³, legitimando a chamada *electrificação da rede*. Tenha-se em conta a importância de decidir que excepções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados⁴) deverão justificar a licitude de actos de neutralização (e de actividades acessórias) de medidas tecnológicas de protecção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de protecção for ilícita então de nada valerão as excepções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas excepções para o ensino à distância.

Em face do direito comunitário, o *livre fluxo de informação* e a *liberdade de navegação* poderão estar comprometidas pelo direito especial do fabricante de bases de dados, que beneficia de toda a protecção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam excepções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da protecção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação⁵. Pelo que essa

¹ Sobre a questão ver José de Oliveira Ascensão, *O cinema na Internet, as hiperconexões e os direitos dos autores*, RFDUL, XLI 2000, 547; Id., *A liberdade de referência em linha e os seus limites*, Revista Forense (Separata), 358, 59; v. tb., por ex., Alexandre Dias Pereira, *A Liberdade de Navegação na Internet*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, cit., 227, com mais indicações.

² Ver Alexandre Dias Pereira, *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Direito da Internet e da Informática*, Ordem dos Advogados, Centro Distrital do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A Lei Milénio Digital dos EUA consagrou expressamente, em forma de lei, o case-law elaborado pela jurisprudência deste país com base no princípio de fair use. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Directiva 91/250/CEE. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada na recente proposta de directiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Sobre a doutrina do fair use ver, e.g., William F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2nd ed., BNA, Washington; Ann Bartow, *Copyrights and Creative Copying*, Ottawa L&TJ 1-2/2003-2004, 75; Dan L. Burk / Julie Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, Harvard JL&T 2001, 41; Giovanna Fessenden, *Peer-to-peer technology: analysis of contributory infringement and fair use*, IDEA 2002, 391; Michael Birnhack, *The Copyright Law and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up*, IDEA 2003, 233; Tracey Topper Gonzalez, *Distinguishing the Derivative from the Transformative: Expanding Market-Based Inquiries in Fair Use Adjudications*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 2003, 229; v. tb. José de Oliveira Ascensão, *O fair use no direito autoral*, in XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual: A Inserção da Propriedade Intelectual no Mundo Económico, ABPI Anais 2002, 94.

³ Ou «tecnodigital», como sugerimos em *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, cit., *passim*, e *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath & Saunders (eds.), London, Kluwer, 2001, 65 ss.

⁴ A exigir “descodificação”, na expressão de José de Oliveira Ascensão (*Bases de dados electrónicas: o estado da questão em Portugal e na Europa*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra, 2002, 14). Para desenvolvimentos sobre este direito *sui generis* ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., sobretudo 670 ss.

⁵ Um outro direito de protecção dos agentes deste mercado foi instituído pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional.

lógica mercantilista parece sobrepor-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.¹

Mas, poderão as exigências mundiais do comércio levar a que a regra dos três passos não permita sequer o já apertado espaço de interesse geral deixado aos Estados-Membros pelas directivas comunitárias? Parece-nos que quer a excepção de descompilação para fins de interoperabilidade em matéria de protecção do software, quer as exigências da liberdade de navegação na Internet traduzidas na licitude de actos de reprodução técnica deveriam ser preservadas. O mesmo vale para as condições de licitude dos actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção e gestão de direitos de autor, em especial no que respeita à licitude da cópia privada digital, como veremos adiante.

2.7. Várias das questões enunciadas levantam o problema de saber qual é a relação entre o direito comunitário e o direito da OMC. Com efeito, quer em matéria do esgotamento do direito de distribuição, quer em especial no que toca às excepções aos direitos de propriedade intelectual (a regra dos três passos em matéria de direitos de autor e os limites aos direitos de marca e de patente, com implicações delicadas como sejam a liberdade de navegação na Internet, a cópia privada, a publicidade comparativa, os metadados e a interoperabilidade do software), em várias destas questões, dizíamos, o intérprete é confrontado com o problema das relações entre o direito comunitário e o direito da OMC, neste caso o Acordo ADPIC.

Ora, a este propósito, parece que o Tribunal Europeu estará a funcionar como um autêntico “guardião” do direito comunitário contra a “invasão” do direito da OMC², elaborando uma importante jurisprudência neste domínio. Entende-se para começar, que o direito da OMC, enquanto acordo internacional celebrado pela Comunidade, é parte do direito comunitário. Depois, presume-se que o direito comunitário é compatível com o direito da OMC. Além disso, as instituições comunitárias interpretam o direito da OMC na sua prática diária e os tribunais europeus utilizam o direito da OMC para interpretar o direito comunitário. Por outro lado, no que respeita à questão das relações entre o direito da OMC e os particulares, nomeadamente empresas, a jurisprudência comunitária firmou vários princípios reguladores. Primeiro, o direito da OMC (tanto os acordos da OMC como os resultados de procedimentos de resolução de conflitos) não tem efeito directo na ordem jurídica comunitária. Segundo, o direito da OMC não fornece critérios para aferir da “legalidade” do direito comunitário derivado, excepto quando os instrumentos comunitários fazem referência explícita ao direito da OMC ou se destinam a transpor ou receber esse direito. Terceiro, não obstante, no que respeita às violações comunitárias do direito da OMC, o dever de

¹ Ver Niva Elkin-Koren / Neil Weinstock Netanel (eds.), *The Commodification of Information*, The Hague/London, Kluwer Law International, 2002.

² Cfr. Francis Snyder, *The Gatekeepers: The European Court and the WTO Law*, CMLR 40, 2/2003, 313 (analisando a jurisprudência comunitária e concluindo, quanto à integração comunitária, que o direito da OMC fornece uma base importante de harmonização comunitária das ordens jurídicas internas, embora a monitorização comunitária do cumprimento das obrigações da OMC pelos Estados-Membros se dirija a estes enquanto Estados-Membros). Sobre as relações entre o direito da OMC, em especial o Acordo ADPIC, e o direito comunitário, ver também Sonja Kreibich, *Das TRIPS-Abkommen in der Gemeinschaftsordnung: Aspekte der Kompetenzverteilung zwischen WTO, Europäischer Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, Frankfurt am Main: P. Lang, 2003; Christoph Julius Hermes, *TRIPS im Gemeinschaftsrecht: zu den innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Übereinkunften*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002. Como exemplos da jurisprudência comunitária vide, nomeadamente: C-61/94 (Germany v. Commission), 1996, ECR I-3989; C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba, 2000, ECR I-675; T-94, 110 & 159/OO, Rica Foods (Free Zone) NV, Free Trade Foods NV and Suproco NV v. Commission; T-322 & 350/00, Rica Foods (Free Zone) NV and Trade Foods NV v. Commission, judg. 14 Nov; 188-99, Euroalliages v. Commission, 2001, ECR II-1757.

fundamentação dos actos comunitários não inclui o dever de fundamentação da compatibilidade desses actos com o direito da OMC, por um lado, e a Comunidade não incorre em responsabilidade extra-contratual pelas violações do direito da OMC, por outro.

§ 3. A liberdade de utilização para uso privado no Código do Direito de Autor

3.1. A liberdade de cópia privada é um dos temas mais delicados do direito de autor no ambiente electrónico.¹ A reprodução é uma das formas de utilização e exploração da obra em que se analisa o direito de autor, ou seja, a reprodução é um dos direitos económicos que se contam no catálogo de direitos de autor. Com efeito, na ordem jurídica portuguesa, o art. 68.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos² prevê a reprodução como uma das formas nucleares de utilização e exploração da obra que integram o direito exclusivo (alíneas. a, c, d, i). A reprodução é formulada em termos amplos, uma vez que abrange a “reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte” (al. i).

Contudo, este preceito não diz o que é a reprodução, ao contrário do art. 176.º, que a define como “a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação” (n.º 7). Nos termos desta definição, a reprodução pressupõe a existência de uma fixação da obra ou prestação e consubstancia-se na obtenção de cópias dessa fixação, entendendo-se por cópia “o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados” (n.º 6).

Mas serão válidas as noções previstas no art. 176.º para os direitos de autor em geral? Este preceito integra o título III do Código, onde se regulam os direitos conexos, já não o direito de autor *stricto sensu*. Além disso, parece identificar-se a cópia, enquanto resultado da reprodução, com o suporte material da reprodução. Pelo que a noção de reprodução, mediada pela de cópia, pressuporia a existência de um suporte material. Deste modo, não obstante o direito de reprodução abranger a reprodução “por quaisquer meios” (art. 68.º, 2-i, e, para os direitos conexos, art. 178.º, 1-c), logo se

¹ Tratámos este problema na Comunicação *A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital*, apresentada no Curso sobre *Direito da Sociedade da Informação* (2004/2005), organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sobre o tema ver, e.g., Undine von Diemar, *Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch*, LIT-Verlag, Münster, 2002; H. Schack, *Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG*, ZUM 2002, 497; U. v. Diemar, *Kein Recht auf Privatkopien – Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatvervielfältigung*, GRUR 2002, 587; Tobias Pichlmaier, *Abschied von der Privatkopie? Von der Zukunft einer Institution*, CR 12/2003, 910; Phillipe Laurent, *Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique: un conflit analogique-numérique?*, Ubiquité 16/2003, 27; Lucie Guibault, *‘Vous qui téléchargez des œuvres de l’Internet, pourrions-nous savoir qui vous êtes?’*, RDTI 18/2004, 9; G. Rue / F. de Patoul, *L’affaire Napster ou le difficile équilibre entre le droit d’auteur et le respect de la vie privée*, Ubiquité, 12, 7; Stickelbrock, B., *Diz Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter*, GRUR 2004, 740; Alexander Peukert, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses* / Peter Rott, *Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts*, ambos in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 11 e 267, respectivamente; Séverine Dusollier, *Copie privée versus mesures techniques de protection: l’exception est-elle un droit?*, A&M 4/2004, 341-345; Dário Moura Vicente, *Cópia privada e sociedade da informação* (www.apdi.pt).

² Art. 75.º, 1, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante, salvo indicação em contrário, as disposições legais pertencem ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e 114/91, de 3 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto).

deveria acrescentar, segundo as noções do art. 176.º, que tais meios devem ser adequados à obtenção de cópias em suportes materiais.

Porém, as definições do art. 176.º não são suficientes, uma vez que se restringem aos fonogramas e videogramas, isto é, aos registos resultantes da fixação, em suporte material, de sons ou e/ou imagens provenientes de uma execução ou quaisquer outros, bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais (n.º 4 e 5). Não obstante, parece-nos que as noções do art. 176.º servem, *mutatis mutandis*, para caracterizar a reprodução relevante em direito de autor. Desde logo, permitem distinguir a reprodução da fixação, no sentido de que esta é requisito daquela.¹

3.2. Ora, no direito de autor português, a reprodução para uso privado é permitida em condições restritas. O Código do Direito de Autor qualifica a reprodução para uso privado como uma forma de utilização livre no capítulo II do título II relativo à utilização da obra (art. 75.º, 2-a, e art. 81.º, 2); também o título III relativo aos direitos conexos não abrange na sua protecção o uso privado, que se considera utilização livre (art. 189.º, 1-a).

O preceito constante do art. 75.º, 2-a, foi introduzido pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto², que transpõe neste particular o art. 5.º, 2-a/b, da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação. Subtrai-se ao direito exclusivo, por um lado, a reprografia (salvo de partituras)³ e, por outro, a reprodução em qualquer meio por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais. Todavia, ao autor é devida uma remuneração equitativa pela entidade que tiver procedido à reprodução, salvo “no âmbito analógico” em que o beneficiário da remuneração é o editor.

Para além da desconformidade desta solução com a directiva⁴, levanta-se ainda o problema da conjugação do novo preceito com o art. 81.º-b, que se manteve inalterado. É que já antes este artigo permitia a reprodução “para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização”.

Aparentemente, o legislador ter-se-á esquecido disto. Que sentido terá esta norma, após a introdução do art. 75.º, 2-a? É que, para além das limitações expressamente previstas, o espaço de cópia privada delimitado por este último preceito não deve atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (art. 75.º, 4).⁵ O art. 81.º-b parece assim ficar esvaziado de conteúdo útil.

¹ “Quando se fala em direito de reprodução só se tem em vista a produção de exemplares. (...) A reprodução supõe uma fixação anterior, e é dessa fixação que se produzem cópias.” – José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 234, 236.

² Para um comentário a este diploma ver Manuel Lopes Rocha / Henrique Carreiro / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, CentroAtlantico.pt, 2005.

³ Já antes, o direito de reprodução foi posto em causa pelas tecnologias de reprografia: “é a realidade da reprografia, com o processo que representa, que exige que seja globalmente repensado o direito de reprodução” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 239).

⁴ A atribuição deste privilégio remuneratório no âmbito analógico exclusivamente ao editor não parece em conformidade com a directiva, a qual prevê uma compensação equitativa em benefício dos titulares de direitos. Ora, salvo melhor opinião, o editor será titular apenas de um direito pessoal de gozo relativo à obra, não gozando no direito português, em princípio, de qualquer direito de autor ou conexo. Aliás, em rigor, mesmo no âmbito digital, a directiva não atribui a compensação equitativa aos autores mas antes aos titulares de direitos, os quais podem não ser autores, em virtude de cessão legal ou contratual dos direitos.

⁵ A fonte desta cláusula geral é a própria directiva (art. 5.º, 5), que parece ter convertido a famosa regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 9.º, 2) de critério dirigido aos signatários (Estados) da Convenção a critério de interpretação legal de decisão judicial dos casos concretos, à semelhança do que anteriormente já fizera no domínio da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados.

3.3. O novo regime institui uma remuneração compensatória pela reprodução para uso privado em benefício dos autores e, no âmbito analógico, dos editores, cuja admissão era contestada na doutrina.¹ Para esta linha argumentativa, o uso privado cairia fora do direito de autor, enquanto utilização livre, pelo que não justificaria qualquer pretensão remuneratória, em especial a compensação devida pela reprodução ou gravação de obras prevista no artigo 82.º.

A directiva, porém, obrigou os Estados-membros a atribuírem uma compensação equitativa aos titulares de direitos em contrapartida pela liberdade de uso privado (art. 5.º, 2-a/b). Donde decorre que a reprodução para uso privado embora seja uma utilização livre no sentido de que não está sujeita a autorização do titular de direitos já não é uma utilização “livre de direitos de autor”, uma vez que ao titular de direitos é atribuída uma pretensão remuneratória. Trata-se por isso de um espaço de liberdade delimitado pela lei, que parece estabelecer uma causa de justificação da licitude da reprodução senão mesmo um direito à cópia privada.

A reprodução para uso privado não é excluída do direito de reprodução, ao contrário de certas categorias de actos de reprodução meramente técnica (art. 75.º, 1). Esta delimitação negativa do conceito de reprodução, operada em benefício directo das empresas que prestam serviços da Internet, não apenas anula o direito de exclusivo, enquanto direito de proibir tais actos, mas também os subtrai ao círculo de relevância no domínio da compensação remuneratória pela reprodução.

Com efeito, na reprodução para uso privado o acto não é inteiramente excluído do círculo de relevância dos direitos de autor, não obstante estes serem reduzidos a uma pretensão remuneratória ou compensação equitativa. Note-se, porém, que no domínio da reprodução para uso privado não abrangida pela reprografia a directiva condiciona esta pretensão compensatória à utilização pelo titular de direitos de autor de medidas de carácter tecnológico destinadas a impedir a reprodução da obra. Por via disso, o titular de direitos poderia controlar a cópia privada equipando as obras com dispositivos anti-cópia. Pelo que a reprodução para uso privado não seria afinal subtraída ao exclusivo, se bem que então o titular de direitos já não pudesse exigir a referida compensação equitativa.²

¹ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 243 (“Se há uso privado, parece-nos completamente fora de propósito a pretensão de uma compensação pela reprografia. (...) Mas a situação ainda se revela mais absurda se considerarmos que o problema, nomeadamente em matéria de fonogramas e videogramas, não está na indemnização de prejuízos, mas na pretensão de potentes empresas de aumentarem ainda os lucros resultantes de idênticas prestações.”).

² Em virtude deste regime estabelecido pela directiva, sustentaram alguns autores que o sistema de levies teria os dias contados. Dever-se-ia tal prognose ao facto de as cópias privadas poderem ser controladas por dispositivos de gestão electrónica de direitos, isto é, de os titulares poderem zelar directamente pelos seus interesses, exigindo um pagamento ao utilizador por cada cópia que este desejasse fazer (ver P. Bernt Hugenholtz / Lucie Guibault / Sjoerd van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment (Final Report)*, Institute for Information Law, Amsterdam, March 2003). Numa linha de orientação semelhante, o ECLG pronunciou-se no sentido de que: “To preserve the legitimacy and the integrity of the copyright levy system, copyright levies should not be extended to cover all-purpose digital equipment, nor should it be extended to cover acts of file-sharing on peer-to-peer networks. Moreover, copyright levies should be phased-out as soon as DRM technology is available. (...) In the end, an increasingly large number of users would end up paying a ‘copyright tax’ without actually using copyrighted content. (...) Moreover, such an all-encompassing levy scheme would be perceived by many users as an ‘unlimited license to copy’. We predict that such an expansion would eventually undermine the copyright system as a whole. Following a near-total ‘levitation’ of the copyright system, exclusive rights would effectively cease to exist. Right holders would instead become totally dependent on remuneration rights collected by collecting societies.” (*Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005, Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam).

Não terá sido essa, porém, a via seguida pelo legislador português. Tal como permitido pela directiva (art. 6.º, 4, 2º par.), a lei portuguesa dispõe expressamente no art. 221.º, 1, que “as medidas eficazes de carácter tecnológico não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nas alíneas a) (...) do n.º 2 do artigo 75.º, na alínea b) do artigo 81.º (...) e nas alíneas a) (...) do n.º 1 do artigo 189.º do Código, no seu interesse directo, devendo os titulares proceder ao depósito legal, junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitida.” O beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido pode solicitar à IGAC acesso a esses meios, quando, por omissão de conduta por parte do titular, for impedido de realizar a reprodução para uso privado, sendo previsto um procedimento específico para a resolução de litígios (art. 221.º, 3 a 7). Esta solução apoiar-se-á no entendimento segundo o qual “constituiria uma grave lesão nos hábitos culturais dos cidadãos impedir a fruição por estes, nas redes digitais, da reprodução das obras, para fins exclusivamente privados, domésticos, familiares.”¹

Assim, no direito de autor português, a reprodução para uso privado é, em termos gerais, permitida, quer no ambiente analógico quer no digital.² Porém, o titular de direitos tem direito a uma remuneração equitativa por essa reprodução, cujo montante deverá variar na razão inversa do número de reproduções permitidas pelo titular de direitos através de medidas técnicas eficazes. A solução encontrada pelo legislador para o problema da reprodução para uso privado parece equilibrada. Resta saber se a cópia privada corresponde a um direito subjectivo ou antes apenas a interesse legalmente protegido.

3.4. Do articulado da lei parece resultar claro que “o princípio continua a ser o da permissão da cópia privada, contra uma remuneração que não poderá deixar de ser colectiva”.³ Porém, a questão que se coloca é saber se o direito de autor português estabelece um “direito à cópia privada” que justifique não apenas a invalidade de cláusulas contratuais em contrário⁴, mas também a licitude da neutralização (e actividades afins) de medidas técnicas de protecção anti-cópia.⁵

Quanto ao primeiro aspecto, a solução da lei portuguesa foi claramente no sentido de dar prevalência à liberdade de cópia privada sobre as cláusulas contratuais em contrário. Com efeito, as cláusulas contratuais que visem eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas no art. 75.º, 1 a 3⁶, são nulas, embora se ressalve a possibilidade de as

¹ Nuno Gonçalves, *A União Europeia - A propriedade intelectual e a sociedade da informação*, in Revista da ABPI 57/2002, 32.

² Defendendo já a liberdade de uso privado nos sistemas informáticos, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 486.

³ José de Oliveira Ascensão, *O Cinema na Internet, as Hiperconexões e os Direitos dos Autores*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, 236.

⁴ Sobre a relação entre as limitações aos direitos contratuais e a liberdade contratual ver Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Amsterdam, 2002. Para o direito americano ver, mais recentemente, David Rice, *Copyright and Contract: Preemption After Bowers v. BayState*, Roger Williams University Law Review, IX 2/2004, 595 (contra a neutralização dos limites do copyright por meios contratuais, criticando a jurisprudência).

⁵ A delimitação negativa da noção de medidas tecnológicas de protecção operada pelo art. 217.º, 2, *in fine*, no sentido de excluir protocolos, formatos, algoritmos ou métodos de criptografia, codificação ou transformação, é contraditória com a caracterização da eficácia das medidas constante do n.º 3 desse preceito. Sendo o n.º 3 requerido pela directiva, não se percebe o sentido do n.º 2, *in fine*, como destacam Manuel Lopes Rocha / Henrique Carreiro / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, cit., 75-77.

⁶ O n.º 3 do art. 75.º prevê, como utilização lícita, a distribuição dos exemplares licitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução. Parece assim que é lícita mesmo a venda ou locação não comerciais, entre particulares, de cópias privadas para uso privado.

partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas (art. 75.º, 5).

Quanto ao segundo aspecto, a lei já não é tão claramente assertiva, embora não deixe de configurar a liberdade de reprodução para uso privado em termos que podem ser interpretados no sentido de atribuir aos utilizadores legítimos um direito à cópia privada.¹ Para começar, é instituído um procedimento administrativo para o exercício desse direito, condicionando assim o recurso à acção directa.² Desse procedimento é previsto recurso a um mecanismo alternativo de resolução de litígios, sendo competente a Comissão de Mediação e Arbitragem, de cujas decisões cabe recurso para o Tribunal da Relação.

Não obstante, os titulares de direitos podem “limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado” por via da aplicação de medidas eficazes de carácter tecnológico (art. 221.º, 8). É dizer que a reprodução para uso privado não é inteiramente subtraída ao exclusivo, já que os titulares de direitos poderão estabelecer o número de cópias privadas autorizadas através das medidas tecnológicas.

A questão está em saber que número será esse. O regime de protecção dos programas de computador estabelece o direito a uma cópia de segurança,³ ao contrário do regime das bases de dados electrónicas que nem sequer isso permitia⁴ - se bem que este último pareça ter sido alterado pela directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (art. 6.º, 4, *in fine*). Mas, a questão ficará em aberto. Entre o zero e o infinito, a directiva não define o número de reproduções livres para uso privado.⁵ De todo o modo, na determinação desse número será necessário atender ao critério da regra dos três passos, nos termos da qual o número de reproduções livres para uso privado não deve atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (art. 75.º, 4).

Por outro lado, o direito à cópia privada assiste apenas a pessoas singulares, para fins de utilização “num meio familiar”. Por uso privado entende-se a utilização final da obra “num meio familiar”, tal como previsto no art. 108.º, 2. Esta noção de uso privado é semelhante à que se pratica no direito de autor francês, no sentido de se restringir esse uso ao uso pessoal e familiar, já não empresarial ou profissional.⁶ No direito francês, trata-se de uma licença legal para a cópia privada, i.e. a cópia destinada a um uso privado que não é colectivo e que deve servir para uso do próprio copista.

¹ No sentido de que a lei “concede o direito a pessoa singular de efectuar uma reprodução (...) para uso privado”, Joel T. Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, 768-9 (abrangendo a cópia privada na modalidade de *on-line storage*).

² “Ein solches Selbsthilferecht ist mit dem in der Richtlinie bestimmen absoluten rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen nicht vereinbar” - Pichlmaier, CR 12/2003, 912.

³ Nos termos do considerando 50 da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação: “Os artigos 5.º e 6.º dessa directiva apenas determinam excepções aos direitos exclusivos aplicáveis a programas de computador.” Isto poderia ser entendido no sentido de não ser permitida a extensão da doutrina do «software user’s rights» aos direitos de autor em geral. Mas parece-nos que o sentido é outro, querendo dizer que a medida da liberdade de uso privado nos direitos de autor em geral não pode tirar-se pela medida que vale no domínio específico dos programas de computador.

⁴ Directiva 96/9/CE, arts. 6.º, 2-a, e 9.º-a, a contrario.

⁵ Por exemplo, no direito jurisprudencial alemão, a reprodução para uso privado permitia a realização de 7 cópias (cf. Loewenheim/Schricker, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 1999, 841-3). Este número deve ser entendido apenas como referência para a aplicação prática da norma, já não como “dogma absoluto” (idem, *ibidem*, anot. § 53, 853), pois depende das necessidades do utilizador no caso concreto.

⁶ Cf. Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9eme éd., coll. Stéphane Colombet, Dalloz, Paris, 1999, 184. Segundo a jurisprudência francesa, o círculo de família integra “as pessoas, parentes ou amigos muito próximos, que estão unidas de modo habitual por laços familiares ou de intimidade.” (Tribunal de Grande Instância de Paris, 24.1.1984, apud Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d’auteur et droits voisins*, coll. Célia Zolynski, Dalloz, Paris,

3.5. Note-se, porém, que em França e na Bélgica, a jurisprudência decidiu contra a existência de um direito imperativo à cópia privada. Apesar de a cópia privada ser permitida pelo art. L. 122-5 do Código da Propriedade Intelectual francês e pelo art. 22 da Lei belga do direito de autor, a jurisprudência destes países pronunciou-se no sentido de que a excepção de cópia privada não confere direito à cópia, no sentido de que não será lícita a neutralização de sistemas anti-cópia para esse fim.¹ No caso francês, o tribunal apoiou-se na regra dos três passos no sentido de que a cópia privada de obras protegidas com sistemas anti-cópia afectaria a exploração normal da obra, no caso a edição em DVD com sistema anti-cópia.

Esta jurisprudência é apoiada por diversos autores que entendem que não há um direito geral à cópia privada.² Ressalva-se, porém, que esta poderá consubstanciar o exercício de um direito fundamental em certas circunstâncias. Isto é, tendo em conta a distinção entre uso criativo, uso concorrencial e uso de consumo, a cópia privada para fins produtivos seria lícita em nome da liberdade de criação, de expressão e de informação³; já para fins de consumo, a cópia privada seria ilícita.⁴ Mas há mesmo quem defenda aqui o fim da cópia privada.⁵ E que “there should be no way of circumventing these codes based on an exception for private use”, considerando porém que “for works that rightsholders put freely available on the networks, a fair compensation shall be paid.”⁶

2002, 233; de notar que este Autor propõe uma explicitação da noção no sentido de abranger toda e apenas a reprodução destinada a uso privado ou familiar, já não colectivo, realizada sem intervenção remunerada directa ou indirecta de terceiros (238). No direito italiano, a lei prevê um critério de distinção entre utilização pública e privada, nos termos do qual: «Non è considerata pubblica la esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convivito, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro» (Lei nº 633, de 22 de Abril de 1941, ponto 15, par. 2).

¹ Decisão do Tribunal judicial de Paris, de 30 de Abril de 2004 (RIDA, 2004 (202), 323), e decisão do Tribunal judicial de Bruxelas, de 25 Maio de 2004 (A&M 2004, 338). Não obstante, noutras decisões, a jurisprudência francesa acabaria por dar razão aos utilizadores, ainda que com base em regras de protecção dos consumidores, decidindo que uma obra equipada com sistema anti-cópia sem informação respectiva ao consumidor infringiria a lei das garantias de conformidade (cf. decisão do Tribunal de Nanterre, de 24 de Junho de 2003, confirmada pelo Tribunal de recurso de Versailles, em 30 de Setembro de 2004 - Com. Comm. Électr. 2004, 37, com. L. Grynbaum - e decisão do Tribunal de Paris, de 2 de Outubro de 2003 - Com. Comm. Électr. 2003, 32). E, justamente, é forte o movimento no sentido de proteger o interesse dos utilizadores à cópia privada no quadro do direito dos consumidores (v., por ex., Peter Rott, *Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 267-288; *Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005, Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam).

² André Lucas / Jean Devèze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001, 431 (« l'exception ne fait naître un droit au profit de l'utilisateur. (...) L'article 6.4 de la directive sur la société de l'information ne pose pas le principe d'un droit de l'utilisateur. »); v. tb. Séverine Dusollier, *Copie privée versus mesures techniques de protection: l'exception est-elle un droit?*, A&M 4/2004, 341-345 (anotação ao acórdão do Tribunal de Bruxelas de 25 de Maio de 2004); para desenvolvimentos, Id., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres)*, Bruxelles, Larcier, 2005.

³ Ver, por todos, Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, Columbia Law Review, 1970, 983.

⁴ Ver Martin Senfleben, *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 159-186.

⁵ Ver Tobias Pichlmaier, *Abschied von der Privatkopie? Von der Zukunft einer Institution*, CR 12/2003, 910; Günter Poll / Thorsten Braun, *Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie? § 53 Abs. 1 UrhG im Lichte des »Dreistufentests«*, ZUM 4/2004, 266.

⁶ Tarja Koskinen-Olsson, *Reprography and the Private Copy*, in *Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Actas do Colóquio organizado pelo GDA em 23 e 24 de Março de 2000, Coord. GDA, Ministério da Cultura, Lisboa, 2001, 53.

No direito comparado, todavia, encontramos muitos Autores que defendem entendimento mais próximo do nosso. Assim, desde logo, Adolf Dietz¹, na sequência da decisão do BGH, de 11 de Julho de 2002, em que se considerou que o direito a remuneração seria uma solução mais benéfica para os autores, uma vez que são os principais beneficiários dessa remuneração. Nesta linha, Geiger sustenta que, atento o actual estado da tecnologia, o melhor seria permitir a cópia privada e reforçar o sistema de *levies*, com o argumento de que enquanto os exploradores e distribuidores preferem o direito exclusivo, os autores são favorecidos pelos *levies* (compensação remuneratória equitativa).² No direito francófono, Larent defende que o melhor seria prever uma excepção de neutralização privada, e abranger na compensação pela cópia privada essa possibilidade.³ E, por fim, no direito norteamericano há mesmo quem defenda a liberdade geral de cópia privada no ambiente digital, incluindo os sistemas P2P (e.g., Napster), em contrapartida por um regime administrativo de *levies* sobre os suportes e dispositivos de gravação.⁴ Opiniões estas que avalizam a bondade da solução portuguesa e que, a nosso ver, é suportada pela directiva comunitária.⁵

¹ Ver Adolf Dietz, *Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany*, A&M 2003, 348 ss.

² Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test*, CRi 1/2005, 10 (“As long as a technical solution has not been found, it would be preferable to admit private copying as an enforceable right against technical devices and to solve the problem by a working system of equitable remuneration.”); v. tb. Id., *Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur des Beschränkungen des Urheberrechts*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), in *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 143.

³ Phillipe Laurent, *Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique: un conflit analogique-numérique?*, Ubiquité 16/2003, 27.

⁴ William Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, Stanford, 2004 (a favor de um regime administrativo de taxação dos suportes e dispositivos de gravação); v. tb. Neil W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free p2p File-swapping and Remixing*, Harvard JOL&T, 17/2003, 1-84, S.P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward system*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 1998, 301-359; Robert J. Delchin, *Music Copyright Law: Past, Present and Future of Online Music Distribution*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 22/2004, 343-399 (em favor da compensação, contra a proibição); Jacob Weiss, *Harmonizing Fair Use and Self-Help Copyright Protection of Digital Music*, Rutgers Computer and Technology Law Journal 2004, 203 (“Shutting down P2Ps amounts to Luddism, and allowing them to go unchecked is anarchic. (...) The creation of an administrative body, as referee and moderator, will guarantee that the ideals of copyright are not usurped by digital vigilantism” 232-5). Todavia, isto poderia significar a “morte do direito de autor” enquanto direito de exclusivo (G. S. Lunney, *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, Virginia Law Review 2001, 900). De todo o modo, para esta perspectiva, seria hoje claro que o direito de autor ao proibir a utilização, quer meramente de consumo quer para fins produtivos, gera grandes ineficiências económicas, existindo um paradoxo intrínseco no fundamento económico do direito de autor: ao mesmo tempo que serve de incentivo para a criação, impede essa mesma criação (entendida como recriação) e o mero uso de tais bens informativos. O sistema compensatório seria justamente a via mais fácil para superar tais ineficiências.

⁵ Sem prejuízo de se reconhecer que, ao deixar a liberdade de cópia privada ao arbítrio dos Estados-Membros, a directiva comunitária torna possível a erradicação da reprodução para uso privado no ambiente electrónico. Em vista disso, no estudo do ECLG (European Consumer Law Group), *Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005 (Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam), apela-se à Comissão no sentido de tornar imperativa a liberdade de cópia privada: “The ECLG urges the European Commission to: (...) Consider that in view of the social importance of allowing consumers to make a small number of copies (3 to 5) of protected works for private purposes, the adoption by Member States of appropriate measures to ensure that right holders make available the means of benefiting from the private use exemption should not be left as an option, but should be made mandatory. (...) Oblige users of TPMs or DRM more generally to respect the exceptions and limitations on copyright (... and) to inform consumers on whether TPMs and DRMs are used and how they affect the usability of digital content.”

3.6. O tema da reprodução para uso privado evidencia bem a transformação que o direito de autor sofreu no processo de adaptação ao novo ambiente tecnológico.¹ Com efeito, no ambiente analógico a reprodução para uso privado começou por ser um “não problema”. Desde logo porque dificilmente alguém investiria em máquinas de impressão para uso privado das obras, sendo a cópia realizada manualmente.

A cópia privada é um problema do moderno direito de autor, decorrente das tecnologias de reprodução em massa.² Trata-se de um assunto que é objecto de pretensões conflitantes. Por um lado, o titular de direitos de autor e conexos quer abarcar a cópia privada no seu exclusivo no sentido de a poder controlar ou pelo menos de por ela obter uma compensação para os alegados prejuízos.³ Por outro lado, o utilizador privado (ou consumidor) reclama um direito à cópia privada, no sentido de lhe ser permitido gozar livremente os conteúdos protegidos por direitos de autor e conexos sem intromissões na sua privacidade; até porque só assim poderá concretizar plenamente a sua liberdade de aprendizagem, de informação, de criação cultural, ou tão-só de entretenimento. Pelo meio, os agentes do mercado de equipamentos e suportes de gravação juntar-se-ão tendencialmente aos utilizadores privados, no sentido de afirmar a cópia privada como um espaço livre de direitos de autor (e conexos). Nesta perspectiva, a reprodução para uso privado seria pura e simplesmente excluída do direito de reprodução, tal como sucedeu relativamente a certas categorias de actos de reprodução meramente técnica.

Efectivamente, a cópia privada começa por ser um problema para os titulares de direitos, que alegam violação da sua propriedade intelectual e prejuízos consideráveis, sobretudo lucros cessantes, sobretudo com o «wood-stock» electrónico que se tem vivido na Internet, em virtude da revolução MP3 e dos sistemas Napster e seus derivados P2P («peer-to-peer»)⁴. Já o utilizador final (ou

¹ Ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., *passim*.

² Ver, por ex., H. Astier, *La copie privée*, RIDA 1986, 113; S. Breyer, *The uneasy case for copyright: a study on copyright in books, photocopies and computer programs*, Harvard Law Review, 1970, 316.

³ No sentido de que a cópia privada das obras “causa necessariamente prejuízo à exploração normal destas e aos respectivos autores”, destinando-se a compensação pela reprodução ou gravação de obras previstas no art. 82.º a “atenuar o prejuízo daquela situação”, Luiz Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Anotado)*, 3.ª ed., Âncora, Lisboa, 2002, 136-7.

⁴ O Napster é um serviço de partilha de ficheiros, que utiliza um servidor central como motor de pesquisa que permite aos seus utilizadores copiarem música dos computadores de outros utilizadores do sistema. De acordo com o relatório da OMPI *Intellectual Property on the Internet*, em Fevereiro de 2000, o Napster tinha cerca de mais de milhão e meio de subscritores. Mas, em Junho de 2001, este número caíra para os cento e vinte mil. Muito sumariamente: as editoras de música consideraram que a cópia de música com o Napster constituía violação directa dos direitos de autor e o Tribunal decidiu no famoso caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* (239 F.3d 1004, 9th Cir., 2001) que o descarregamento não constituía “fair use” nos termos da lei americana dos direitos de autor (§ 107), uma vez que, apesar de o serviço Napster ser gratuito e de os utilizadores efectuarem a reprodução para uso privado, “repeated and exploitative copying of copyrighted works, even if the copies are not offered for sale, may constitute commercial use.” Ora, os utilizadores do Napster usariam este serviço para poupar o custo da compra das músicas, causando uma queda de cerca de 15% nas vendas de músicas nos dois anos precedentes, segundo informação das editoras. Todavia, não apenas foram os utilizadores do Napster responsabilizados por violação directa aos direitos de autor, como o próprio Napster seria responsável por participação, em virtude de ter conhecimento das actividades infractoras e de ter um interesse financeiro directo em captar utilizadores dos seus serviços como clientes. Contudo, a decisão do caso Napster não erradicou os sistemas P2P. Pelo contrário, novos sistemas foram desenvolvidos (e.g., Gnutella, Audiogalaxy, KaZaA, MusicCity, Morpheus e Grokster), os quais já não requerem um servidor centralizado para efectuar as buscas e as cópias, já que é o próprio computador do utilizador que funciona como motor de busca. Ora, em 2003, só na Europa Ocidental existiam mais de onze milhões de utilizadores. Os utilizadores destes sistemas estão a ser processados pelos titulares de direitos. Nos EUA, a *Motion Picture Association of America* processou os operadores de redes P2P, tais como KaZaA, MusicCity e Grokster, por violação de direitos de autor em filmes e gravações sonoras (*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, C.D. Cal.). De um modo geral, a jurisprudência tem sido favorável às suas pretensões. Por ex., o Tribunal judicial de Tóquio ordenou uma providência cautelar contra a Japan MMO proibindo-a de operar um serviço

consumidor) de conteúdos protegidos pelos direitos de autor e conexos reivindicará um direito à cópia privada, não apenas em razão dos preços monopolistas praticados pelos titulares de direitos, em especial os distribuidores, mas também porque os titulares de direitos de autor e conexos não deveriam devassar a sua privacidade para controlar o uso dos conteúdos: “the elimination of the right of private copying would simply enable copyright owners to charge monopolistic prices; (...) to eliminate private copying would be to extend the copyright market into the home, the schoolroom, and the office by the imposition of a user’s tax”.¹ Com efeito, a única maneira de controlar a cópia privada (ou a neutralização de sistemas anti-cópia que impedem tal cópia) é invadir a reserva de vida privada (ou privacidade) do utilizador.²

Além disso, aos agentes (produtores, distribuidores) do mercado de equipamentos e suportes de reprodução (analógicos e/ou digitais) interessa que a cópia privada seja livre, sob pena de terem que compensar os titulares de direitos por alegado enriquecimento sem causa - senão mesmo de serem responsabilizados por comparticipação -, já que se afigura insofismável que uma das finalidades

P2P chamado File Rogue, e na República da Coreia, o tribunal judicial de Sungnam ordenou o encerramento do mais famoso P2P da Coreia, o Soribada, com cerca de 12 milhões de utilizadores. Todavia, na Holanda, o Tribunal de Justiça de Amsterdão pronunciou-se a favor do operador KaZaA, não o responsabilizando pelos abusos dos utilizadores do seu software de partilha de ficheiros (*KaZaA v. Buma-Stemra*, Gerechtshof Amsterdam, March 28, 2002, rolnr. 1370/01). Segundo o referido relatório, para além das vias judiciais, as empresas têm adoptado estratégias alternativas de protecção contra estes sistemas. Uma estratégia, que visa tornar menos atractivos os sistemas P2P é a distribuição de ficheiros «spoof» (sátira) de música ou filmes nas redes P2P, que contêm apenas partes degradadas da obra. Outra estratégia consiste em utilizar tecnologias digitais para monitorizar potenciais violações aos direitos de autor por parte de utilizadores de materiais protegidos. Em especial, estão a ser desenvolvidos motores de pesquisa que buscam filmes nas redes P2P e depois enviam cartas de “cease-and-desist” aos utilizadores através dos prestadores de serviços Internet (ISPs), os quais, por sua vez, buscam potenciais infractores monitorizando utilizadores em banda larga, dado que a largura de banda é necessária para trocar grandes ficheiros de filmes. Todavia, esta última estratégia levanta questões jurídicas delicadas. Não por acaso nos EUA foi apresentada no Congresso uma proposta de lei destinada a imunizar os titulares de direitos de autor de responsabilidade resultante de violações que pudessem cometer por via de “disabling, interfering with, blocking, diverting, or otherwise impairing” o uso não autorizado das suas obras em rede P2P publicamente acessíveis. Todavia, esta proposta suscitou muitas críticas, não apenas internas mas também externas, uma vez que tal imunização funcionaria apenas para o direito dos EUA, deixando as empresas expostas a responsabilidade noutras jurisdições por acesso não autorizado a sistemas informáticos e violação de leis da privacidade. Além disso, dentro do leque de medidas de protecção encontra-se ainda a tecnologia dos discos compactos “à prova de cópia” («copyproof»), que impede a execução dos CDs nos leitores de discos dos computadores, devido a erros inseridos no ficheiro ou mascarando um ficheiro áudio como ficheiro de dados de modo a tornar a música irreconhecível pelo CD-ROM. Todavia, estas medidas podem ser neutralizadas, pelo que se reclama a proibição da neutralização e actos afins. A jurisprudência americana tem sido favorável às pretensões dos titulares de direitos. No caso *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* (S.D.N.Y., January 14, 2000, 82 F. Supp. 2d 211), o arguido foi considerado responsável por violação dos direitos de autor em virtude de ter colocado o DeCSS, um descodificador para o Content Scramble System (CSS) usado para codificar filmes em DVDs e assim tornar possível a sua execução no ambiente Linux, um software de fonte aberta. O Tribunal rejeitou o argumento do Réu de que a condenação impediria o *fair use* do material descodificado. No caso *United States of America v. Elcom Ltd. a/k/a ElcomSoft Co. Ltd, and Dmitry Sklyarov*, o tribunal proferiu uma condenação por responsabilidade criminal nos termos do DMCA devido a neutralização de medidas técnicas de protecção de software de livros electrónicos comercializado pela empresa Adobe Systems Inc., uma vez que a neutralização do programa apesar de legal segundo a lei russa era proibida pelas medidas anti-neutralização da DMCA (cf. *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, WIPO, Geneva, 2002, 54 ss).

¹ Ray L. Patterson / Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users’ Rights*, Athens/London: The University of Georgia Press, 1991, 157-8.

² Para desenvolvimentos sobre este direito ver Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Boletim da Faculdade de Direito, LXIX 993, 479. Seria interessante apurar se e em que termos as directivas sobre dados pessoais e protecção da vida privada nas comunicações electrónicas não estarão a comprimir a configuração do direito à vida privada, em matéria de sigilo de comunicações, tal como definida pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para uma análise desta jurisprudência ver Alexandre Dias Pereira, *Privacy and Phone-Tapping: The Price of Justice in the European Union*, Temas de Integração, Portugal, o Brasil e a Globalização - 500 Anos a Caminho do Futuro, 2º Semestre de 2000; 1º Semestre de 2001, n.ºs 10 e 11, Coimbra, Almedina, 171.

típicas dos gravadores de discos (analógicos ou digitais) para os utilizadores privados (consumidores) é a reprodução (também) de conteúdos protegidos pelos direitos de autor e conexos, embora não seja menos certo que estes dispositivos tenham criado novas formas de exploração dos conteúdos (por ex., os clubes de vídeo), em proveito sobretudo dos titulares de direitos.¹

Porém, actualmente, uma das maiores preocupações suscitadas pela Internet é o facto de se tornar possível a instauração tecnológica de um “panóptico ciberespacial” ou “Big-Brother electrónico”, que controlará virtualmente todos aqueles que queiram ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença. Os direitos de autor poderão aqui surgir como pretexto para se invadir a esfera privada dos cibercosmopolitas, tratando cada computador pessoal ligado à rede² como um potencial servidor, como se quem estivesse em linha estivesse em público, e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital.³ Por via disso, pretenderá justificar-se a licitude de os detectives electrónicos da «cyberpol» se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas.⁴

As opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas⁵, poderão satisfazer convenientemente os interesses dos titulares de direitos de autor (e conexos) através de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos. Esta parece ser a via apontada pela directiva sobre direito de autor na sociedade da informação (art. 5.º, 2-a). Com efeito, esta directiva permite a reprodução electrónica ou digital “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais”, na medida em que “os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico” (art. 5.º, 2-b), mais acrescentando que tal excepção só será permitida “em certos casos especiais que

¹ Em termos de análise económica, a compensação pela reprodução (*levies*) justificar-se-ia enquanto mecanismo de reposição do incentivo à criação intelectual, atribuindo ao titular de direitos a possibilidade de recuperar o seu investimento contra prejuízos resultantes de um cenário de cópia privada generalizada e de alta qualidade. Todavia, a análise económica também fornece argumentos contrários à compensação. Para começar, nem toda a cópia privada substitui a compra do exemplar «genuíno», pelo que não existirá uma relação directa entre os prejuízos dos titulares de direitos e os números da cópia privada. Além disso, quanto maior o preço do original menor será tendencialmente a sua procura, levando os prejuízos a diminuírem na razão inversa do aumento dos preços em razão da diminuição tendencial da procura. Por outro lado, contra a sujeição dos equipamentos de reprodução à compensação argumenta-se que os titulares de direitos podem praticar preços mais elevados pelo facto de existirem dispositivos de gravação, ou seja, os produtores de equipamento criam um valor susceptível de apropriação pelos titulares de direitos, especialmente no que toca a tecnologia de uso misto, nomeadamente os gravadores de vídeo, que são usados sobretudo para ver filmes comprados ou alugados em clubes de vídeo, criando assim um novo e lucrativo mercado para os titulares de direitos de autor (ver a análise económica de Koelman, *The Levitation of Copyright*, cit.).

² Uma forma de localização dos utilizadores é através do seu endereço de IP, o qual pode ser considerado dado pessoal – ver Catarina Sarmento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais (A propósito da legalização de tratamento de dados pessoais (incluindo tele vigilância, telecomunicações e Internet por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso)*, Almedina, Coimbra, 2005, 71.

³ Já salientámos este ponto em *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 263.

⁴ Ver Alexandre Dias Pereira, *Música e electrónica: sound sampling, obras de computador e direitos de autor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 311; v. tb. José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, 787-795.

⁵ Para uma análise abrangente do direito internacional e do direito comparado sobre as medidas técnicas de protecção ver, por ex., Jacques de Werra, *Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)*, RIDA 189/2001, 67.

não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

Note-se porém que esta referência à «regra dos três passos» - que se afirma como critério interpretativo para a decisão judicial de casos concretos - parece contraditória com a concretização da cópia privada como caso especial segundo a Convenção de Berna.¹ Além disso, o instrumento comunitário permite que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada poderem dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. – art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, “a menos que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições” (art. 6.º, 4. par. 3).²

3.7. A liberdade de reprodução para uso privado, se por um lado parece conferir ao utilizador um direito à cópia privada (ou pelo menos servir de causa de justificação da sua licitude), por outro atribui aos titulares de direitos uma pretensão remuneratória destinada a compensar equitativamente os seus prejuízos potenciais, ainda que se reconheça que “à expansão dos meios de informação não corresponde necessariamente prejuízo comercial.”³ Assim, a directiva estabelece um preço à liberdade de cópia privada que é a atribuição de uma compensação equitativa aos titulares de direitos, independentemente de prova de prejuízos.

Vários países têm um sistema de compensação dos titulares de direitos de autor pela reprodução para uso privado (“levies”).⁴ Enquanto a imprensa era necessária para realizar cópias em grandes quantidades, a cópia privada, feita à mão, não era geralmente considerada infracção. Em alguns países, a cópia privada foi expressamente excepcionada. Por exemplo, a Lei alemã dos direitos de autor de 1901, dispunha, no art. 15(2), que a realização de cópia para uso privado não constituía infracção, na medida em que não se destinasse a retirar lucros da obra. Uma razão para isentar a cópia privada em pequena escala era o facto de que o autor da reprodução para uso privado não

¹ Neste sentido, J. Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 921 (“Estas disposições são contraditórias” - negrito omitido). A subordinação das limitações aos direitos de autor à regra dos três passos decorre também do Acordo ADPIC/TRIPS, o qual se norteia em primeira linha pelos interesses do comércio mundial e dos seus principais agentes. Essa parece ser, com efeito, a orientação imprimida ao teste dos três passos pela “jurisprudência” da OMC, firmada pelo painel na decisão de 15 de Junho de 2000, relativa ao Art. 110(5) da lei do copyright dos EUA, nos termos da qual o critério da exploração normal envolvia a necessidade de considerar as formas de exploração que geram actualmente proventos para o autor bem como as que, com toda a probabilidade, são capazes de ter importância no futuro. Por causa da subordinação das leis nacionais e inclusive das directivas comunitárias a um teste dos três passos favorável aos interesses mercantis dos titulares de direitos fala-se na emergência de um direito de autor supra-nacional. Ver Jane Ginsburg, *Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur*, RIDA 187/2000, 3.

² Este “emaranhado” da directiva resultou de um processo legislativo algo atribulado, que levou mesmo Hugenholtz a considerá-la uma “monstruosidade” jurídica (*Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR 11/2000, 502). Para outros, a directiva que se destinava a adaptar o direito de autor às necessidades da sociedade da informação, “has completely failed in its mission to clarify positive law and has seriously disturbed the underlying equilibrium in this field” (C. Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test*, CRi 1/2005, 7).

³ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 241.

⁴ Para uma descrição deste sistema nos países da EU ver Lucie Guibault, *The Reprography Levies across the European Union*, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, March 2003.

competir com o titular de direitos, não tendo por isso a cópia privada um impacto quantificável nos seus proventos.

Contudo, quando nos anos cinquenta e sessenta do século XX as novas tecnologias da comunicação, como, por ex., o gravador de cassetes, tornaram possível a realização fácil de cópias das obras, o entendimento sobre a cópia privada mudou. Em 1955, o Supremo Tribunal Federal alemão, na sentença “Tonband”, decidiu que, considerando os grandes lucros perdidos através da cópia privada, a actividade não deveria ser abrangida pela isenção de cópia privada da lei alemã de 1901.¹ Em 1964, o BGH acrescentaria na sentença “*Personalausweise*” que, apesar de a cópia privada infringir o direito de reprodução, os titulares de direitos não poderiam proibir a cópia privada porque a aplicação de um direito de proibir a cópia privada violaria necessariamente o direito à privacidade e também porque, na prática, seria inviável policiar a cópia privada.² Pelo que o Tribunal recomendou a introdução, por via legislativa, de um direito a remuneração. Recomendação que seria acolhida pelo legislador germânico (e seguida por diversos países), ao introduzir um direito legal a uma remuneração equitativa, a qual é paga através de uma taxa na venda de equipamentos e suportes virgens de reprodução e distribuída aos autores através de entidades de gestão de direitos.³

Em França, a lei de 3 de Julho de 1985 criou um direito a remuneração pela cópia privada. A lei de 3 de Janeiro de 1995 criou um sistema de gestão obrigatória do direito de reprografia. Em 1994, a taxa pela cópia privada audiovisual rendeu 686 milhões de francos (+/- 68,6 milhões de euros, ou 13 milhões de contos). A taxa pela cópia privada sonora rendeu 120 milhões de francos (12 milhões de euros, ou 2 milhões e quatrocentos mil contos).⁴ Além disso, o art. 15 da Lei, de 17 de Julho de 2001, estabelece que os titulares da remuneração são os autores, os artistas intérpretes e os produtores de fonogramas e videogramas nos quais são fixadas obras bem como os autores e os editores de obras fixadas em qualquer outro suporte pela sua reprodução num suporte de registo numérico.

Nos EUA, a jurisprudência estabeleceu a doutrina do «*time-shifting*». No caso *Sony, Corp. v. Universal City Studios, Inc.* (1984), o Supremo Tribunal deste país decidiu, no quadro da doutrina do *fair use* - que aponta como factores de determinação da licitude da utilização *inter alia* o efeito económico do uso no mercado actual e/ou potencial da obra e a quantidade e substancialidade da porção utilizada - , que era *fair* a gravação de vídeos feita por indivíduos em casa da programação da radiodifusão televisiva *off-the-air* para fins de «*time-shifting*». Posteriormente, em 1992, o Congresso norte-americano aprovaria a lei *Audio Home Recording*, que consagrou protecção jurídica e tecnológica para as gravações sonoras. Por um lado, esta lei impõe a instalação de sistema de gestão de cópias em série em todos os equipamentos e suportes de gravação digital sonora que sejam importados, produzidos ou distribuídos nos Estados Unidos. Este sistema permite a cópia digital ilimitada de primeira geração, mas impede a reprodução das gravações a partir dessas cópias. Por outro lado, a lei proíbe a importação, produção ou distribuição de qualquer dispositivo, bem como a oferta ou prestação de qualquer serviço, cujo objectivo principal seja a neutralização de qualquer programa ou circuito que implemente um sistema de gestão de cópias em série. Além disso, esta lei estabelece também um sistema de compensação pelo qual os importadores e produtores de equipamentos e suportes de gravação digital sonora são obrigados a pagar por cada equipamento ou

¹ BGH, 18/5/1955 (*Tonband*), GRUR 10/1955, 492.

² BGH, 25/5/1964 (*Personalausweise*), GRUR 2/1965, 104.

³ Esquema semelhante relativamente às fotocopiadoras foi introduzido em 1985 na Lei alemã do direito de autor, na sequência da sentença “*Kopierläden*” de 1983 do BGH (BGH 9/6/1983, GRUR 1/1984, 54).

⁴ Cf. Bellefonds, *Droits d'auteur*, cit., 239, em nota.

suporte que distribuem. Estes pagamentos são recolhidos pelo *Copyright Office* e distribuídos anualmente às empresas de gravações, artistas intérpretes ou executantes, editores musicais e escritores de canções.¹

3.8. Em Portugal, a compensação pela reprodução foi introduzida pelo Código do Direito de Autor e regulamentada pela Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. Esta alteração legislativa procurou suprir a inconstitucionalidade de alguns preceitos da versão inicial, em especial o art. 3.º relativo à fixação do montante da remuneração, que agora fixou em 3% ao invés de remeter para despacho ministerial conjunto das Finanças e da Cultura. O juízo de inconstitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 616/2003, Processo n.º 340/99 (Rel. Conselheiro Paulo Mota Pinto), apoiava-se no pressuposto de que a remuneração “é substancialmente um imposto”², fundamentando tal entendimento no dever de afectação de “20% do total das remunerações percebidas para acções de incentivo à actividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos” (art. 7.º, 1, da versão inicial da Lei). Só que este artigo foi eliminado pela alteração introduzida pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto (art. 8.º), e com ele o apoio normativo de tal concepção, de resto então contestada com fortes argumentos pelo Conselheiro Araújo na sua declaração de voto. Actualmente, o propósito único da compensação devida pela reprodução ou gravação de obras é “beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos” (art. 2.º).

O Código do Direito de Autor consagra um sistema de compensação devida pela comercialização de equipamentos e suportes de reprodução (art. 82.º), e a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, regula este sistema.

Para começar, o âmbito de aplicação desta lei isenta os computadores, os programas de computador, as bases de dados electrónicas, e os equipamentos de fixação e reprodução digitais (art. 1.º, 2): ora porque não são meios principalmente destinados à reprodução de obras e outros materiais protegidos, ora porque se procura promover a Sociedade da Informação não impondo encargos económicos ao comércio deste tipo de dispositivos. Apesar destas razões, a isenção dos equipamentos de fixação e reprodução digitais parece-nos bastante problemática, tanto mais que nem todos os conteúdos digitais são equipados com medidas de protecção tecnológica destinadas a impedir a sua reprodução e outros actos reservados ao titular de direitos, nem sobre estes impende qualquer obrigação de colocarem as obras no mercado com as referidas medidas de protecção.³

Prosseguindo a análise, no que respeita aos equipamentos e suportes abrangidos (art. 2.º), a compensação é aplicada a quaisquer equipamentos mecânicos, químicos ou electrónicos cuja

¹ Cf. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, 11-12 (23).

² Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 248. Contra, considerando “profundamente errado confundir” a compensação “com uma taxa ou um imposto”, L. Francisco Rebello, *Código*, cit., 137. No sentido de que se trata de uma figura *sui generis*, Moura Vicente, *Cópia privada*, cit., 13.

³ A este respeito a lei dispõe que a “aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador intelectual” (art. 217.º, 4). É dizer que os autores são livres de lançarem publicamente as suas obras sem medidas técnicas de protecção, até porque desse modo poderão melhor difundir as suas criações. Além disso, os exploradores das obras, em especial editores e produtores, não são obrigados a equipar as obras com as referidas medidas técnicas, pelo que não o fazendo poderão reclamar uma pretensão remuneratória equitativa pela reprodução privada, independentemente dos equipamentos e dos suportes utilizados, tal como previsto na directiva. Parece-nos, por isso, que ao deixar de fora *tout court* os equipamentos e muitos suportes digitais de reprodução a lei portuguesa não está inteiramente em conformidade com a directiva comunitária.

finalidade única ou principal seja permitir a fixação e a reprodução de obras, à excepção dos equipamentos digitais (e.g., telefones móveis e leitores MP3), bem como a suportes materiais virgens analógicos ou digitais, à excepção do papel, previstos no art. 3.º, 4. Nos termos deste preceito, os suportes analógicos incluem as cassetes áudio e vídeo (VHS) e os suportes digitais incluem CD (CD-R audio, CD-R data, CD 8cm, Minidisc, CD-RW audio, CD-RW data) e DVD (DVD-R, DVD-RW, DVD-RAM). É também devida compensação por qualquer fixação ou reprodução que possa ser obtida por qualquer destes meios.

O regime da compensação remuneratória varia depois em função dos equipamentos e dos suportes de fixação e de reprodução. Quanto aos primeiros (equipamentos), o valor da remuneração é fixado legalmente em 3% do preço de venda ao público, antes da aplicação do IVA, estabelecido pelos fabricantes e importadores (art. 3.º, 1). Quanto aos segundos (suportes), a lei estabelece valores específicos para cada tipo de suporte, analógicos e digitais (e.g., na cassette áudio (suporte analógico) a compensação é de 0,14, enquanto no CD-R áudio (suporte digital) é de 0,13 - valores em euros). Relativamente às fotocópias, apesar de o papel estar isento, as empresas que se dedicam ao comércio de fotocópias e afins de obras devem aplicar uma “taxa” de 3% do valor do preço da venda, antes da aplicação do IVA (art. 3.º, 2).¹ Para cobrar e gerir as quantias resultantes da compensação pela fixação e reprodução é prevista uma pessoa colectiva, nos termos do art. 5.º. As entidades que pretendam comercializar fotocópias devem celebrar acordos com esta entidade de gestão (art. 3.º, 3).

§ 4. Observações finais

4.1. A nível europeu, a construção jurídica da sociedade da informação tem sido arquitectada principalmente pelo legislador comunitário, que elegeu os direitos de autor como um dos alicerces fundamentais deste novo edifício jurídico. Entre outros instrumentos, destaca-se a directiva 2001/29/CE, que harmoniza o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos, colocando-os ao serviço do mercado interno e da sociedade da informação segundo um elevado nível de protecção correspondente à sua concepção como propriedade. São definidos os direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição, e previstas as suas excepções. Na linha da jurisprudência comunitária e tal como antes previsto em outros instrumentos, consagra-se o esgotamento comunitário do direito de distribuição relativamente a objectos corpóreos, por exigências da liberdade de circulação de mercadorias no mercado interno. Além disso, as reproduções efémeras e ditas sem valor económico (mero transporte, caching, hosting e browsing) são excluídas do direito de reprodução, em benefício directo dos chamados prestadores de serviços da Internet. Quanto a outras excepções, é previsto um catálogo taxativo que enumera exhaustivamente as excepções que os Estados-Membros podem manter ou adoptar. Em resultado, gera-se um direito de autor “a duas velocidades”, tanto mais que as excepções ficam subordinadas à regra internacional dos três passos. Neste contexto, a liberdade de cópia privada no ambiente electrónico fica comprometida, não obstante a directiva a permitir em contrapartida por uma compensação equitativa.

4.2. A europeização do direito de autor é realizada num contexto de internacionalização da propriedade intelectual resultante do Acordo ADPIC/TRIPS. Em larga medida, este Acordo parece

¹ Estas compensações remuneratórias não são devidas relativamente a equipamentos e suportes adquiridos por organizações de radiodifusão ou produtores de fonogramas e de videogramas exclusivamente para as suas próprias produções; são igualmente isentas determinadas entidades, nomeadamente organismos que os utilizem para fins exclusivos de auxílio a pessoas portadoras de deficiências (art. 4.º, 1).

conceber os direitos de autor como meras mercadorias de comércio e os direitos de autor como privilégios comerciais, segundo a mais estrita concepção de copyright (desde logo eclipsando os direitos morais dos autores). Natureza essa que, não obstante a filosofia de livre comércio que informa o GATT no sentido da eliminação ou redução das tarifas alfandegárias e de outras barreiras aduaneiras, se revela também no não esgotamento internacional do direito de distribuição, bem como na subordinação das exceções aos direitos de autor à regra dos três passos segundo as exigências do comércio mundial. Todavia, estas exigências não deverão por em causa o imperativo da interoperabilidade informática nem a liberdade de navegação na Internet tal como previstos no direito comunitário, no sentido da licitude dos actos de reprodução meramente técnica e de descompilação de software. Além disso, os interesses do comércio mundial não deveriam sobrepor-se ao interesse geral dos Estados-membros da UE, ainda que dentro dos limites definidos pelo direito comunitário, no que respeita às exceções aos direitos e ao regime das protecções tecnológicas e contratuais. Nesse sentido aponta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que parece estar já a funcionar como “guardião” do direito comunitário contra a “invasão” do direito da OMC. O que será importante desde logo para preservar um espaço de liberdade não subjugado aos ditames do comércio mundial e não obstante a índole já mercantil (embora híbrida) do próprio direito comunitário.

4.3. Um dos domínios em que esse espaço de liberdade terá mais impacto no futuro das comunicações electrónicas em rede será, justamente, a cópia privada. Em Portugal, o Código do Direito de Autor foi alterado pelo instrumento de transposição da directiva comunitária, tendo consagrado, *inter alia*, a licitude da reprodução para uso privado dentro de certos limites. Sendo reprodução e uso privado conceitos normativos, o Código permitiu essa faculdade, em troca por uma compensação equitativa, e estabeleceu um mecanismo de resolução de litígios em ordem a efectivar essa possibilidade. De todo o modo, segundo a solução da lei interna, a reprodução para uso privado não é um acto inteiramente excluído do círculo de relevância dos direitos de autor, não obstante estes serem reduzidos a uma pretensão remuneratória ou compensação equitativa. Parece mesmo afirmar-se como um direito subjectivo, judicialmente sindicável, que estabelece limites à liberdade contratual e prevalece sobre as medidas técnicas de protecção. Assim, a resposta portuguesa para o dilema comunitário, não obstante a crítica dos que pretendem erradicar a cópia privada e combater o chamado “woodstock electrónico” da livre partilha mediante sistemas P2P – e que lograram obter algumas decisões favoráveis no direito comparado – , terá do seu lado a opinião de todos quantos clamam contra os perigos de uma propriedade invasora da privacidade e cerceadora da liberdade de expressão, de informação e de aprendizagem, e que apontam alternativas baseadas sobretudo em sistemas de compensação pela reprodução para uso privado, tendo em conta também experiências do direito comparado. Seria esse, aliás, o sentido da solução da directiva ao estabelecer um preço à liberdade de cópia privada que é a atribuição de uma compensação equitativa aos autores e outros titulares de direitos, independentemente de prova de prejuízos. Essa solução compensatória foi seguida em Portugal, não obstante ser duvidoso que o sistema estabelecido tenha tirado pleno partido dessa via, já que deixa de fora *tout court* equipamentos de fixação e reprodução digitais, para além de não sujeitar à compensação poderosos suportes digitais disponíveis no mercado e de utilização corrente. Ao ponto de se poder dizer que, se a referida compensação fosse um “imposto”, então o sistema teria consagrado um *beneficio fiscal* para a tecnologia digital em nome da sociedade da informação. Mas, assim como não é certa a natureza tributária da compensação, também não está

garantida a conformidade do sistema compensatório previsto com as exigências da directiva comunitária, que aponta o maior impacto económico dos novos suportes e equipamentos de reprodução.

Sumário: Os direitos de autor constituem um dos alicerces fundamentais do direito comunitário da sociedade da informação. Num tempo de globalização dos interesses (e privilégios) do comércio mundial, baseados principalmente na instituição funcional da propriedade intelectual enquanto *ius excluendi omnes alios*, o direito comunitário consagra essa orientação geral, embora ressalve um espaço de liberdade para fins de interesse geral e de salvaguarda da vida privada, mediante um sistema de compensação equitativa. Desse espaço de liberdade (ainda que remunerada) tira partido o direito interno, impondo limites à liberdade contratual e às medidas tecnológicas de protecção no sentido de o preservar, em nome de valores que integram a tradição nacional do direito de autor, embora pudesse ter explorado mais justamente o sistema de compensação equitativa.

PROTECÇÃO JURÍDICA E EXPLORAÇÃO NEGOCIAL DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR*

1. A exploração comercial dos programas de computador depende, em vários aspectos, do regime de protecção que lhes é concedido. No essencial, essa exploração reveste três formas distintas (a produção, a distribuição e a utilização final), que correspondem aos poderes nucleares em que se analisam os direitos sobre os programas de computador.

A forma dominante de propriedade intelectual utilizada para este fim é representada pelos direitos de autor. Apesar de toda a discussão doutrinal, essa foi a opção do legislador comunitário, tendo em conta as experiências jurisprudencial e legislativa da maioria dos Estados-membros, bem como da generalidade das experiências do direito comparado. Também ao nível do direito internacional os direitos de autor emergem como a forma jurídica nuclear de protecção do chamado «software» (ao mesmo tempo, porém, assiste-se a um crescente apelo ao direito de patente, em ordem a proteger os elementos dos programas que não têm abrigo nos direitos de autor).

Ora, o legislador comunitário moldou os direitos de autor sobre os programas de computador através de uma directiva, no sentido de serem tratados como obras literárias na acepção da Convenção de Berna. Nesse sentido, definiu o objecto, os requisitos e os beneficiários de protecção, bem como o conteúdo positivo e negativo dos direitos sobre os programas, procurando sempre soluções de compromisso entre as diferentes tradições jurídicas dos Estados-membros (o modelo continental do *droit d'auteur* e o modelo anglo-saxónico do *copyright*). A transposição da directiva para a ordem jurídica interna parece ter sido influenciada pela doutrina crítica à protecção dos programas pelos direitos de autor. Isto, juntamente com alguns “lapsos” do legislador interno, faz com que seja necessário ter sempre presente o regime da directiva, da qual o nosso diploma se afasta em alguns passos.

Uma vez compreendido o leque de direitos com base nos quais é realizada a exploração dos programas de computador, passar-se-á à análise das principais formas que reveste no horizonte da *praxis* comercial. Neste quadro, revela especial importância a figura da licença, como matriz comercial dessa exploração. Assim, serão caracterizadas as suas constelações centrais (a licença de «edição», a licença de distribuição, e a licença de utilização final) e será proposto o respectivo enquadramento jurídico, não apenas em sede especial de direitos de autor, mas também ao nível mais geral da sua qualificação no quadro dos tipos contratuais e respectivos regimes.

Uma palavra introdutória ainda para referir que este trabalho apresenta, de modo abreviado e com actualizações, as principais conclusões neste domínio do nosso primigénio relatório de investigação sobre “Direito de autor e contratos de *softwar*,” elaborado no âmbito das actividades realizadas entre 1994 e 1995 no Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.¹ Com este escrito procura-se agora contribuir para a homenagem aos 75 anos do *Boletim*,

* *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2002, 453-505.

¹ Com base nesse relatório preparámos também o texto sobre *Contratos de «Software»*, Coimbra 1996 (in António PINTO MONTEIRO, *Direito dos Contratos e da Publicidade - Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996*, IJC), que acompanhamos em alguns passos do presente trabalho.

no qual, aliás, tivemos o honroso privilégio de publicar a nossa dissertação de mestrado¹, bem como diversos trabalhos sobre propriedade intelectual e novas tecnologias².

2. A Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, foi transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro³. Louva-se o legislador, no preâmbulo do diploma, de ter decidido “de acordo com a melhor técnica [...], criar um diploma *próprio* onde se condensem todas as normas *específicas* de protecção dos programas de computador, ao invés de se proceder a alterações no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”. Esta *melhor técnica* justificar-se-ia na medida em que “os conceitos nucleares de protecção dos programas de computador transportam novas realidades que não são facilmente subsumíveis às existentes no direito de autor, muito embora a equiparação a obras literárias possa permitir, *pontualmente*, uma aproximação”.⁴

Assim, dispõe o n. 2 do art. 1.º que, “aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída *protecção análoga* à conferida às obras literárias.” Esta *protecção análoga* traduz-se num regime jurídico nuclearmente *sui generis*, análogo à tutela jurídico-autoral, radicado na concessão de direitos de autor *anómalos*. Porquanto, ao não considerar os programas de computador como obras do domínio literário (artístico ou científico), excluiu-os da tutela jurídica prevista no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos⁵, apenas admitindo, ao que parece, a mobilização *pontual* de certos e determinados critérios do Código do Direito de Autor.⁶

Apelidada de “casamento de conveniência”⁷, a directiva comunitária surgiu como uma solução provisória – para além de não pretender “proteger em exclusividade os programas de computador”¹ –,

¹ *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, STVDIA IVRIDICA 55, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

² *Vide*, em especial: *Da obra multimedia como objecto de direitos de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas*, BFD, STVDIA IVRIDICA 61, AD HONOREM – 1, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 435 ss; *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento n.º 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, BFD, LXXVII; *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, BFD, LXXVI, pp. 289 ss; *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD, LXXV, p. 475 ss.

³ DR I, nº 243, 20.10.1994. Para uma recolha destes textos legislativos, juntamente com arestos jurisprudenciais e instrumentos de direito comunitário e internacional, *vide* a nossa *Propriedade Intelectual: I - Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional)*, Coordenação de Faria Costa, Coimbra, Quarteto, 2002.

⁴ Defendendo esta solução, *vide* J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, ROA 1990, p. 99 e seg, *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 473; *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, Cosmos, 1994, p. 1055. Os principais argumentos desta orientação são os seguintes: 1.º a *raison d'être* essencialmente utilitária dos programas, na medida em que têm por objectivo permitir a um dispositivo de tratamento de informação, um computador, executar determinadas funções ou tarefas; 2.º a função não comunicativa da linguagem de programação, que consiste em activar determinados impulsos eléctricos da máquina e não em dialogar com o utilizador; 3.º a impossibilidade de separar ou cindir nos programas de computador o seu conteúdo ideativo ou funcional (as ideias, os princípios, a lógica, e os algoritmos que utiliza) da sua expressão (o código-fonte a que se chega através de uma linguagem de programação, depois interpretado e traduzido — por *firmware* da ROM e do microprocessador — num código-objecto através da linguagem de máquina ou binária). *Vide*, por ex., MILLER, Arthur R., *Copyright protection for computer programs, databases, and computer-generated works: is anything new since CONTU?*, Harvard LR 1993, pp. 985 ss.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro e pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e n.º 334/97, de 27 de Novembro.

⁶ Cfr. art. 3.º, 1 e 4; art. 4.º, 3; art. 10.º, 1; art. 11.º, 2; art. 13.º, 1

⁷ FRANCESCHELLI, Vincenzo, *La direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, RDInd 1991, I, p. 175.

uma vez que se limita “numa primeira fase, ... a determinar que os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, *considerando-os como obras literárias*” (cons. 6).² Todavia, a orientação consagrada remonta ao Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia³ - no quadro da política de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de propriedade intelectual e industrial traçada no seu Livro Branco, sobre a realização do mercado interno⁴ -, apoiando-se na experiência legislativa e jurisprudencial da generalidade dos Estados-membros, bem como do direito comparado.⁵ Além disso, no plano internacional, a protecção dos programas de computador, enquanto obras literárias, ao abrigo dos direitos de autor, seria consagrada no art. 10.º do TRIPS/ADPIC e no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor adoptado em Dezembro de 1996 pela Conferência Diplomática reunida em Genebra (art. 4.º: “Os programas de computador são protegidos como obras literárias na acepção do artigo 2.º da Convenção de Berna. Essa protecção aplica-se aos programas de computador, independentemente do seu modo ou forma de expressão.”).

Ora, de um modo geral, os Estados-membros transpuseram a directiva alterando as suas leis sobre o direito de autor, mesmo os que ainda não consagravam legislativamente a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor, como, por exemplo, a Itália⁶. Neste sentido, em termos de técnica legislativa, a solução do legislador português encontrará apoio apenas na lei especial belga de transposição da directiva⁷. Mas, independentemente da técnica legislativa, estará o regime instituído pela nossa lei em conformidade com o regime de harmonização comunitária?⁸

3. A directiva prescreve no art. 1.º, 1, que “os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas”.

¹ LEHMANN, Michael, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, NJW 34(1991), p. 2116-7.

² Recentemente, foi apresentada uma proposta de directiva do Parlamento Europeu relativa à patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Porém, a via de proteger os programas de computador enquanto tais ao abrigo dos direitos de patente deparou com a não alteração do art. 52.º, 2, al. c), e 3, da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (recebido no direito interno pelo art. 48.º, 1, al. d) do Código da Propriedade Industrial), embora tenha sido explorada pelos trabalhos comunitários. *Vide* Relatório da Comissão sobre a aplicação e os efeitos da Directiva 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador, COM(2000) 199 final, 10.04.2000, p. 20.

³ COM (88) 172 final, 16.3.1989, pp. 164 ss (Cap. 5: Programas de Computador).

⁴ COM (85) 310 final, 14.6.1985.

⁵ *Vide*, por ex., ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Le leggi sulla tutela dei programme per elaboratore in Italia e nel Mondo*, Padova: Cedam, 1990. Entre nós, apesar de a menção expressa aos programas de computador que constava do projecto final do Código do Direito de Autor ter sido suprimida aquando da aprovação deste, esta via tinha também defensores, atento o carácter exemplificativo da enumeração constante do art. 2.º daquele Código. *Vide* REBELLO, Luiz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Anotado*, Lisboa: Petrony, 1985, p. 48; *Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, Memórias da Academia das Ciências de Lisboa, T. XXIII, 1983, pp. 201 ss.

⁶ Cfr., por ex., FABIANI, Mario, *Chronique d'Italie*, RIDA 161(1994), p. 171.

⁷ Cfr. STROWEL, Alain, *La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur sui generis*, RIDA, 1995, p. 173.

⁸ As directivas são instrumentos de legislação comunitária que impõem aos Estados-membros apenas uma *obrigação de resultado*. A questão coloca-se tendo em conta o primado do direito comunitário e os princípios jurisprudenciais que o Tribunal de Justiça da Comunidades Europeias tem elaborado — como, nomeadamente, em certos termos, o princípio do efeito directo das directivas e o princípio da responsabilidade do Estado-membro pela sua deficiente transposição (casos 8/81 Becker, 152/84; Marshall-I, C-271/91, Marshall-II; C-6,9/90 Francovich e outros), bem como, em especial, o princípio da interpretação e aplicação da legislação nacional conforme a letra e o espírito da directiva (casos 14/83 Von Colson, C-106/89 Marleasing). Sobre este *case law* fundamental, *vide*, em síntese, LEWIS, Xavier, *The EC Product Liability Directive: An EC wide conspectus*, ERPL 2(1994), pp. 183-194.

Assim, consagra a solução propugnada por Eugen Ulmer, desde 1967, no sentido da protecção dos programas de computador pelo direito de autor¹. Neste sentido se pronunciava também Michael Lehmann². Nessa medida, a integração da protecção dos programas de computador no quadro da Convenção de Berna revista garantiria aos seus criadores determinados “minimal rights” de natureza pessoal e patrimonial³.

3.1. A protecção apenas incide sobre a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador (art. 1.º, 2) —, incluindo, como propugnava Michel Vivant⁴, o material de concepção preparatório conducente à sua elaboração e na medida em que seja apto a resultar num programa de computador numa fase posterior⁵. Todavia, a protecção incide apenas sobre a forma expressiva do programa, com exclusão das ideias e princípios eventualmente presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação (cons. 13).⁶ Depois, o único critério para a atribuição dessa protecção é a *originalidade*. Para a satisfação desse requisito “não se deverá recorrer a testes dos seus méritos qualitativos ou estéticos” (cons. 8), bastando que o programa seja “o resultado da criação intelectual do autor” (art. 1.º, 3). Isto significa, pela negativa, que o programa não deverá ser “uma cópia em si”⁷.

3.2. Quanto à atribuição do direito de autor, a directiva distingue consoante o programa tenha sido criado por uma pessoa singular ou por um grupo de pessoas (art. 2.º, 1, 1ª parte), prevendo, quanto ao segundo caso, a possibilidade de se tratar se *obra feita conjuntamente* (ou em colaboração) ou de *obra colectiva* na medida em que esta figura seja reconhecida pelo direito interno dos Estados-

¹ ULMER, Eugen, *Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlichen Werke unter besonderer Berücksichtigung des Programmen elektronischen Rechenanlagen*, München 1967, S. 3 ff, apud LEHMANN, Michael, *Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen in Europa*, EWS 9(1994), p. 294, n. 18.

² LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2112, n. 7. Vide Id., *The European Software Directive on the Protection of Computer Programs*, in LEHMANN, Michael / TAPPER, Collin (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993, pp. 163 ss, *La protection des logiciels dans le cadre de la directive européenne*, DIT 4(1991), pp. 7 ss; *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in LEHMANN, Michael (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993, p. 1.

³ Cfr. CORNISH, William R., *Computer Programs, Copyright and the Berne Convention*, in *A Handbook of European Software Law*, LEHMANN, Michael/TAPPER, Colin (eds.), Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 183 ss.

⁴ Cfr. VIVANT, Michel, *Le programme d'ordinateur au Pays des Musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP 1991, n.º 94, n. 4.

⁵ Cfr. art. 1.º, 1, *in fine*, e considerando 7, *in fine*. Deste modo, protege-se também a “forma expressiva interna” do programa, CASSOTTANA, Marco, *Sperimentazione in ambito privato e uso del 'know-how' a fini industriali nella normativa sui programmi per elaboratore*, ContImp 3(1993), p. 1242.

⁶ No direito comparado especial importância reveste a jurisprudência estadunidense, que numa série de casos elaborou um conjunto de critérios relativos à dicotomia ideia/expressão no âmbito dos programas de computador partindo dos princípios vigentes para as restantes obras literárias. Vide, por ex., GINSBURG, Jane, *Four Reasons and a Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, Columbia LR 1994, p. 2559; EFFROS, Walter, *Assaying Computer Associates v. Altai: How Will the 'Golden Nugget' Test Pan Out?*, Rutgers LJ 1993,; pp. 1 ss; WILKINS, Jon S., *Protecting Computer Programs as Compilations under Computer Associates v. Altai*, Yale LJ 2(1994), pp. 435 ss. Sobre a *web theory* desenvolvida pelo BGH na decisão *Betriebssystem* vide, por ex., LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 24; WIEBE, Andreas, *European Copyright Protection of Software from a German Perspective*, CL&P 3(1993), p. 80.

⁷ Livro Verde (1988), p. 180. Isto significou que a jurisprudência do BGH firmada nos casos “Inkasso-programm” e “Betriebssystem”, exigindo, *inter alia*, que os elementos criativos existentes no programa excedessem significativamente o que faria em condições técnicas normais um programador médio, seria alterada pelas decisões “Buchhaltungsprogramm” e “Holzhandelsprogramm” (cfr., respectivamente, BGH, NJW 1986, p. 192, BGH, NJW 1991, p. 1231, BGH, CR 1993, p. 753, e BGH, CR 1994, p. 275).

membros (art. 2.º, 1, 2ª parte, e 2); admite ainda que os Estados-membros considerem uma pessoa colectiva como autor do programa nos termos das respectivas legislações internas, como é o caso do sistema anglo-saxónico do *copyright*¹ – evidenciando o quanto a directiva é “ein Kompromiß zwischen kontinentalen urheberrechtlichen und angelsächsischen Copyright-Denken”².

Depois, o art. 2.º, 3, dispõe que, salvo estipulação contratual em contrário, só o empregador ficará habilitado a exercer todos os *direitos de natureza económica* relativos a um programa de computador criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador. Esta regra consagra, por um lado, o princípio fundamental da chamada “*auctorship*”³, segundo o qual os direitos de autor são originariamente adquiridos pelo criador assalariado, embora sejam (derivadamente) transmitidos os *direitos de natureza económica* ao empregador, seja nos termos de uma licença legal⁴ exclusiva (na concepção monista do *Urheberrecht*), seja nos termos de uma cessão legal⁵ (na concepção dualista do *droit d’auteur*). Reconhece ao autor do programa, por outro lado, direitos de natureza pessoal, para além de direitos de natureza económica⁶, segundo os padrões mínimos da Convenção de Berna.⁷

Com efeito, sendo os direitos de autor “direitos geminados” (*plena in re potestas e ius in se ipsum*)⁸, ao proteger os programas de computador, enquanto obras literárias, ao abrigo da Convenção de Berna, a directiva significa que “*jeder Schöpfer von Computerprogrammen soll grundsätzlich nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte erhalten wie jeder andere Urheber eines literarischen Werkes*”⁹. Sendo que do aparente silêncio do legislador comunitário em sede de direitos morais não se deverá concluir pelo “estrangulamento... do direito moral”¹⁰ dos criadores de *software*. Antes pelo contrário, estar-se-á perante um caso de “silêncio eloquente”. Primeiro, a norma de cessão de direitos

¹ Note-se, porém, que as pessoas jurídicas não têm capacidade de criação. Neste sentido, por ex., DIETZ, Adolf, *Moral rights and technological challenge*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 555 (“Legal persons and enterprises can never create as such”). Para uma análise comparativa dos sistemas de *droit d’auteur* e de *copyright* no quadro da harmonização comunitária dos direitos de autor, vide, em especial, STROWEL, Alain, *Droit d’auteur et copyright: divergences et convergences*, Bruxelles/Paris 1993, e, mais recentemente, ELLINS, Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin 1997 (vide a nossa recensão desta obra in BFD, LXXIV, pp. 801 ss).

² LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2117.

³ Orlando de CARVALHO, *Os direitos de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 543 (no direito alemão utiliza-se a expressão *Urheberschaftsgrundsatz* ou *Schöpferprinzip*).

⁴ Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113 (“gesetzliche Lizenz”).

⁵ VIVANT, Michel, *Logiciel 94: tout un programme?*, JCP 41(1994), 41, n.º 10 (ou aquisição derivada automática: cfr. RISTUCCIA, Renzo/ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, DII 2(1994), p. 241).

⁶ FRANCESCHELLI, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, cit., p. 179 (sustentando que esta disposição “fa salvo il diritto morale dell’autore”).

⁷ A proposta inicial previa, no art. 2.º, 5, uma regra especial de atribuição da titularidade dos direitos sobre programas “criados” por computador no domínio da “inteligência artificial”, em termos semelhantes ao direito inglês (cfr. Sec. 9(3) do UK Copyright, Designs and Patents Act of 1988, nos termos da qual, “in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken”). Vide TAPPER, Colin, *The European Software Directive: The Perspective From the United Kingdom*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., p. 149.

⁸ Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra: Centelha, 1977, pp. 191 ss, n. 2.

⁹ LEHMANN, Michael, *Das neue deutsche Softwarerecht. Novelierungsvorschlag zum Urheberrecht*, CR 6(1992), p. 324.

¹⁰ VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n.º 13.

nas relações laborais destina-se a preservar os direitos morais na esfera do trabalhador¹. Segundo, a directiva ressalva a aplicabilidade de quaisquer outras disposições legais, não excluindo as normas de direito de autor sobre direitos morais (cfr. art. 9.º, n. 1). Terceiro, ao estabelecer a protecção dos programas de computador como obras literárias, na acepção da Convenção de Berna (art. 1.º, 1) e ao considerar que a “directiva não afecta as disposições previstas nas legislações nacionais de acordo com a Convenção de Berna” (cons. 28), o legislador comunitário terá vinculado os Estados-membros a reconhecerem aos criadores de programas de computador os direitos morais mínimos prescritos obrigatoriamente pela Convenção de Berna, ou seja, os Estados-membros deverão proteger os programas de computador como obras literárias segundo as suas obrigações no quadro dessa Convenção.²

3.3. O conteúdo (extensão e amplitude) dos direitos de exploração económica exclusiva é recortado nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, e são definidas as faculdades mínimas de qualquer autorização de utilização dos programas.

O art. 4.º enumera os *direitos de exploração* de que dispõe o titular, a saber: o direito exclusivo de efectuar ou autorizar a reprodução, a adaptação e tradução, e a distribuição de um programa de computador.

Para começar, o direito de reprodução parece ser consagrado em termos amplos, à semelhança do direito inglês, embora se defenda na doutrina alemã que só constituirão reprodução juridicamente relevante (“Vervielfältigung”: §15 UrhG) as operações que afectem o interesse do criador de participar no resultado económico da exploração da sua obra. Assim, seriam abrangidas as operações de implantação em ROM e de armazenamento em disco duro, em disquete ou streamer, ficando para o âmbito das puras utilizações (“reine Benutzung”), enquanto tais irrelevantes, as operações de carregamento e de mero funcionamento, que envolvam, para o efeito, o armazenamento na RAM *als solche*³. Porém, parece que as chamadas “reproduções tecnicamente necessárias” à utilização do programa estarão sujeitas a autorização do titular de direitos, embora não possam ser contratualmente

¹ TAPPER, *The European Software Directive*, cit., p. 148 (“this is no doubt designed to preserve moral rights in the employee”).

² Cfr. CORNISH, *Computer Programs, Copyright and the Berne Convention*, cit., p. 191 (“As the EC states are already within Berne, they must... treat literary works in accordance with their Convention obligations.”). Em sentido convergente, *vide*, por ex., LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 17; VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., n.º 12, n. 29.

³ Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2114 (embora não seja irrelevante o armazenamento em RAM de vários computadores com uma mesma disquete, pois estar-se-ia a possibilitar uma utilização paralela do programa, afectando o *Participationsinteresse* do titular dos *Verwertungsrechte*). Em sentido próximo, *vide*, entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, cit., p. 106.

proibidas uma vez concedida a licença de utilização¹. De resto, o conceito amplo de reprodução terá sido acolhido nas legislações internas de transposição da directiva.²

Depois, os direitos de autor sobre o programa abrangem também o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “a tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados, sem prejuízo dos direitos de autor da pessoa que altere o programa.” Exemplos da importância económica deste direito de exploração são, nomeadamente, a tradução do código-objecto em código-fonte e a tradução deste 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 de manutenção

Finalmente, é ainda previsto o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “qualquer forma de *distribuição* ao público do original ou de cópias de um programa de computador” (al. c)), sendo a locação expressamente prevista como uma das possíveis formas de distribuição³. O direito de distribuição permite ao seu titular participar no resultado económico da exploração de um programa através, nomeadamente, do acordo com os distribuidores (entendidos aqui em sentido amplo) sobre o preço de mercado de determinadas cópias. Porém, esgota-se ou extingue-se na Comunidade em relação a estas com a sua primeira comercialização na Comunidade efectuada pelo titular dos direitos ou realizada por terceiro (um “distribuidor”) com a sua autorização. Com efeito, na 2.^a parte desta alínea é consagrado o princípio da exaustão ou esgotamento do direito de distribuição⁴, dispondo-se que “a primeira comercialização na Comunidade *de uma cópia* de um programa efectuada pelo titular dos direitos ou realizada com o seu consentimento extinguirá o direito de distribuição na Comunidade *dessa mesma cópia*”. O esgotamento não abrange, todavia, o direito de controlar a locação *ulterior* do programa (quando *este* tiver sido objecto de comercialização na forma de locação que adiante caracterizaremos) ou de uma sua cópia (adquirida na ou após a sua primeira comercialização), como se dispõe na parte final do preceito.⁵

¹ Trata-se da “reprodução tecnicamente necessária” através das operações de carregamento e funcionamento (incluindo a acção de correcção dos respectivos erros) necessárias à utilização de uma cópia de um programa pelo seu legítimo utilizador: cfr. considerando 17. Vide, por ex., HABERSTUMPF, Helmut, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR Int 10(1992), p. 716; VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n° 18, p. 437; VERSTRYNGE, Jean-François, *Protecting intellectual property rights within the New Pan European framework*, DIT 2(1992), p. 9; LEHMANN, Michael, *Das neue Software- Vertragsrecht — Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen*, NJW 29(1993), p. 1823.

² Assim consagrou o legislador italiano tal “ampia nozione di riproduzione” (cfr. RISTUCIA/ZENO-ZENCOVICH, *Prime notazioni*, cit., p. 246: no art. 13 l.d.a. italiana a reprodução era só a multiplicação de cópias da obra, e já não o seu uso), bem como o legislador francês (cfr. VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n° 18).

³ A locação é caracterizada como “a possibilidade de pôr à disposição para utilização, por um período determinado e com um intuito lucrativo, um programa de computador ou uma sua cópia” (cons. 16).

⁴ A doutrina da exaustão ou esgotamento do direito de distribuição de uma obra, de origem alemã, é uma referência fundamental da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de propriedade intelectual tendo sido consagrada nos *Joined Cases 55/80 e 57/80*, Musik Vertreib Membran GmbH and K-Tel Int'l v. GEMA, ECR 1981, 147. Para mais desenvolvimentos, vide, nomeadamente, CASTELL, Brigitte, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris: PUF, 1989; JOOS, Ulrich, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, München: Beck, 1991.

⁵ Isto significa que, mesmo após a primeira comercialização do programa ou de uma sua cópia, é exclusivamente reservado ao titular dos direitos — encontrando-se, em qualquer caso, sujeita à sua autorização —, a locação *ulterior* do programa ou de uma sua cópia, respectivamente. Contra uma solução deste teor e favorável antes à atribuição posterior ao esgotamento do direito de distribuição (contra o qual, aliás, se manifesta: cfr. *A Protecção Jurídica dos Programas de*

3.4. Relativamente aos direitos do legítimo utilizador, os artigos 5.º e 6.º (sob epígrafe “excepções aos actos sujeitos a autorização” e “descompilação”, respectivamente) estabelecem as faculdades mínimas de qualquer autorização de utilização de um programa de computador ou de uma sua cópia. Não podendo ser exercidas por quem não tiver sido devidamente autorizado a utilizar o programa, não são verdadeiras excepções. Porém, concedida uma qualquer autorização de utilização, essas faculdades integram sempre o âmbito mínimo do conteúdo da licença, uma vez que não podem ser proibidas por contrato (art. 9.º, 1, e cons. 17).

Primeiro, não podem em qualquer caso ser proibidas por contrato as acções de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização legítima de uma cópia de um programa (legalmente “adquirida”), incluindo as acções de correcção dos respectivos erros, segundo o fim a que se destina o programa (art. 5.º, 1, e cons. 17). Respeitado este âmbito mínimo, a autorização pode conter certas estipulações específicas restritivas do âmbito da utilização (as chamadas cláusulas CPU, limitando a utilização do programa num determinado equipamento, instalado num certo local, proibindo a sua utilização múltipla, em rede ou *on-line*)¹. Na ausência de estipulações contratuais específicas quanto ao conteúdo da autorização, o critério para se aferir da necessidade dos actos de reprodução e de transformação da cópia de um programa de computador para a sua utilização, incluindo a correcção de erros, será o *fim a que se destina* pelo seu legítimo “adquirente”². Assim, por exemplo, será distinto o conteúdo de uma autorização de utilização de um programa ou de uma sua cópia, consoante o seu “adquirente” seja um “distribuidor” (entendido este em sentido amplo) ou um “utilizador final”, na medida em que a sua utilização se destina a fins diferentes. Em especial, nas simples licenças de utilização final parece serem excluídas as operações de transformação susceptíveis de afectarem o interesse de participação do titular do direito sobre o programa no resultado económico da sua exploração, como sejam, nomeadamente, as implicadas na manutenção *terce*³ e, sobretudo, no *updating*⁴.

Segundo, a autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador, pelo seu legítimo “adquirente”, ainda que de acordo com o fim a que se destina, não inclui, em princípio, a faculdade de reprodução-cópia dessa mesma cópia, uma vez que a execução de uma cópia de apoio (*back-up copy*) só é admitida quando for necessária para a utilização do programa (art. 5.º, 2), e o titular dos direitos sobre o programa não tenha fornecido ao legítimo utilizador a necessária cópia de apoio⁵.

Terceiro, o utilizador legítimo tem ainda a faculdade de observar, estudar ou testar o funcionamento do programa a fim de apurar as ideias e os princípios subjacentes a qualquer elemento do programa quando efectuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de armazenamento, em execução do seu contrato (art. 5.º, 3), isto é, tendo em conta os poderes de utilização abrangidos pela sua licença (que variam consoante o respectivo fim negocial). Pelo que a

Computador, cit., pp. 117-8) de um direito específico de remuneração, vide J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Distribuição e Esgotamento*, ROA 51(1991), pp. 625 ss.

¹ Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2114; SINGLETON, Susan, *Computer software agreements and the implementation of the EC Directive*, CL&P 2(1992), pp. 52 ss.

² Estar-se-ia, nas palavras da Comissão, perante uma presunção inilidível de concessão de autorização. Cfr. Livro Verde, cit., 1988, p. 184.

³ VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., p. 437.

⁴ LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2115

⁵ Neste sentido, LEHMANN, *Das neue Software-Vertragsrecht*, cit., p. 1823; VIVANT, *Logiciel 94*, p. 436; RISTUCCIA/ZENO-ZENCOVICH, *Prime notazioni*, cit., p. 251.

livre troca das ideias só é possibilitada no exercício de uma faculdade contida na respectiva autorização de utilização, sendo a investigação que se visa promover apenas lícita se efectuada pela prática de actos autorizados de utilização¹, ou seja, “desde que estes actos [de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa] não infrinjam os direitos de autor em relação ao programa” (cons. 18, *in fine*).

Quarto, o utilizador legítimo pode, em circunstâncias restritas, proceder à descompilação do programa² (art. 6.º). Esta operação implica a reprodução e a modificação da forma do código (cons. 19), sendo justificada em “circunstâncias restritas” (cons. 21), que resultam, segundo o melhor entendimento, não apenas da letra do artigo 6.º, mas da sua interpretação consonante com os princípios constantes dos considerandos 10, 11, 12, 19, 20, 21, 22 e 23. Sucintamente, são as seguintes as “circunstâncias restritas”³: 1ª só pode ser exercida pelo legítimo utilizador ou, em seu nome, por pessoa devidamente autorizada para o efeito; 2ª só quando for indispensável para obter as informações necessárias à interoperabilidade (ou seja, à capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas - cons. 12); 3ª entre um programa de computador criado independentemente com outros programas *e todos os elementos de um sistema informático* (pois que a interoperabilidade, atrás definida, se analisa na interconexão e interacção lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas —cons. 10 e 12 —; e que um dos objectivos prosseguidos com a inserção desta faculdade excepcional de descompilação no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização é o de permitir a interacção, ou seja, a interoperabilidade de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente —cons. 22)⁴; 4ª e na medida em que: a) esses actos se limitem apenas às

¹ Não sendo permitidas a reprodução-cópia e a descompilação do programa para este fim de “estudo das ideias” (cfr. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, DII I(1992), p. 32). Abrange, porém, o chamado *black box approach* ou *black box analysis*; isto é, as operações de análise, os testes de execução, e as rotinas de memória (cfr. VINJE, Thomas, *Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, GRUR Int 4(1992), p. 17; sobre a *black box*, CASSOTTANA, *Sperimentazione in ambito privato*, cit., p. 1257).

² A descompilação de um programa de computador é o processo pelo qual se “regressa” ao código-fonte reconvertendo o código-objecto. O objectivo da descompilação é, portanto, reverter — daí a expressão inglesa *reverse engineering* — o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, no código-fonte em que foi escrito através de uma linguagem de programação. O acesso ao código-fonte do programa torna possível, por seu turno, a reprodução do respectivo código, no todo ou em parte, a recriação do código-fonte perdido, a correcção de erros (*debugging*) e, em geral, a sua transformação, quer pela sua tradução através de uma outra linguagem de programação (Cobol, Pascal, Basic, Fortran, etc.), quer pela sua adaptação ou alteração com a preparação de produtos derivados (*derivatives*), sejam actualizações ou melhoramentos do programa original (*updatings*) ou programas funcionalmente equivalentes ainda que não expressivamente semelhantes ou idênticos (*software-cloning*). Estas vantagens são possíveis mesmo que se entenda que não se trata rigorosamente de descompilação mas tão só de desmontagem (*disassembling*), uma vez que a partir do código-objecto não se poderia recriar ou reconstruir senão um código semelhante ao código-fonte do programa descompilado.

³ Para mais desenvolvimentos, *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., pp. 641 ss.

⁴ Com efeito, o fundamento do art. 6.º é permitir uma concorrência em todos os níveis (equipamento e/ou suporte lógico), de modo a que qualquer adquirente possa compor o seu sistema informático como se se tratasse de um jogo (*Baukasten*), com elementos de diferentes proveniências, sem se dever correr o risco de que estes componentes não possam optimamente ser interoperáveis uns com os outros: cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2116 e n. 66; ainda neste sentido, *vide*, por ex., VYNJE, *Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, cit., pp. 252 ss). Porém, favorável a uma interpretação literal desta norma, no sentido de não abranger “hardware ou data interoperability”, TAPPER, *The European Software Directive*, cit., p. 159. Sobre a importância da excepção de descompilação em ordem à promoção da interoperabilidade

partes do programa necessárias à interoperabilidade (a saber, as *interfaces*: art. 6.º, 1, al. c), e cons. 11); b) e as informações necessárias à interoperabilidade não se encontrem já fácil e rapidamente à sua disposição (art. 6.º, 1, al. b)). Por outro lado, as informações licitamente obtidas não podem ser utilizadas para outros fins, nem transmitidas a outrem (no quadro das chamadas operações de *clean-room*¹), senão, respectivamente, para assegurar ou quando seja necessário para, a interoperabilidade do programa criado independentemente (art. 6.º, 2, als. a) e b) — e ainda que este último seja um *competing product* do programa descompilado, porquanto a descompilação deste se tenha efectuado com vista a participar da sua interoperabilidade, seja com o próprio programa descompilado, seja com quaisquer outros produtos — equipamentos e/ou suportes lógicos — com que este for compatível²). Nesse sentido, não podem ser utilizadas para o desenvolvimento, produção ou comercialização de um programa substancialmente semelhante na sua expressão, *ou para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor* (como, nomeadamente, as operações de manutenção não abrangidas no *licere* da respectiva autorização de utilização e a criação de produtos derivados)³.

A faculdade de descompilação é, assim, admitida apenas como ultima *ratio*, em ordem à promoção do “imperativo da interoperabilidade”⁴ informática, mesmo entre concorrentes, constituindo, nesses termos restritivos, uma utilização “legítima e compatível com uma prática leal” (cons. 21)⁵. Todavia, ao mesmo tempo parece implicar a ilicitude da descompilação efectuada com vista apenas, por exemplo, à manutenção do programa⁶, ao estudo das ideias ou investigação⁷, ou à criação de um produto derivado.⁸

Note-se, ainda, que a utilização e transmissão das informações licitamente obtidas respeitantes aos processos ou métodos funcionais que o programa utiliza não constitui, por si só, ilícito em matéria de direitos de autor. Poderá ser um acto constitutivo de concorrência desleal ou, eventualmente, um acto violador do direito exclusivo de patente, na medida em que esta forma de propriedade seja atribuída a

nas comunicações electrónicas *vide*, em especial, SAMUELSON, Pamela, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, 1998 (com recensão nossa in BFD, LXXVI, pp. 667 ss).

¹ Cfr. VINJE, Thomas, *La directive européenne sur la protection des logiciels et la création des produits interoperables*, DIT 2(1992), p. 21.

² Cfr. Comunicação da Posição da Comissão ao Parlamento Europeu, de 18 de Janeiro de 1991, em virtude do art. 149.º, n. 2, al. b) do Tratado de Roma, SEC (91) 87 final — SYN 183, 18.1.1991, par. 4.7, p. 5.

³ Por exemplo, a actualização ou melhoramento do programa (*updating*) sob o pretexto de manter a sua interoperabilidade com um programa independentemente criado. Cfr. VOSS, Christopher, *The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community*, CompLJ 3(1992), p. 455.

⁴ VINJE, Thomas, *Magill: its impact on the information technology industry*, DIT 2(1993), p. 21.

⁵ Os termos restritivos são ainda reforçados pelo *princípio da interpretação mais favorável* ao interesse de participação do titular de direitos sobre o programa nos resultados económicos da respectiva exploração consagrado no art. 6.º, 3 (em termos semelhantes à cláusula geral consagrada no art. 9.º, 2, da Convenção de Berna).

⁶ Cfr., por ex., SUCKER, Michael, *The Software Directive — Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., p. 18.

⁷ Cfr., por ex., VINJE, Thomas, *La directive européenne sur la protection des logiciels et la création des produits interoperables*, cit., p. 20.

⁸ Nos EUA, apesar de a lei não consagrar expressamente uma excepção de descompilação, a licitude desta operação seria admitida em certas circunstâncias para fins de interoperabilidade pela jurisprudência com fundamento na *fair use doctrine* (*Atari Games, Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F. 2d 832 — Fed. Cir. 1992, e *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F. 2d 1510 — 8th Cir. 1992). Sobre este importante *case law*, *vide*, por ex., MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works*, cit., p. 1015 (com apreciação crítica deste *case law*); ARRIOLA, Trinnie, *Software Copyright Infringement Claims After May Systems v. Peak Computer*, Washington LR 69(1994), p. 405; GOLDSTEIN, Paul, *The EC Software Directive: a View from the United States of America*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., pp. 210 ss).

tais elementos dos programas (art. 9, 1)¹. Porém, a directiva consagra um direito de propriedade intelectual *sui generis*, protegendo o conteúdo ideativo e funcional dos programas de computador através de um direito especial sobre o processo, na medida em que não permite que as informações obtidas mediante descompilação lícita sejam utilizadas (e/ou transmitidas a outrem) para outros fins que não o de assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente, apesar de essa utilização não constituir um ilícito jurídico-autoral em sentido próprio (art. 6.º, 2, als. a) e b)).²

Em todo o caso, as empresas que ocupem no mercado europeu uma posição de força ou uma posição dominante³ são obrigadas a publicar as suas informações sobre as *interfaces* nos protocolos de acesso (cons. 26 e 27)⁴, em ordem à normalização e à padronização das *interfaces* (cons. 9) e a facilitar o acesso fácil e rápido a tais operações⁵.

3.5. A directiva prevê, ainda, certas “protecções periféricas”⁶ (art. 7.º, 1) contra actos susceptíveis de lesar os direitos exclusivos do titular. Trata-se de especiais medidas adequadas de protecção que os Estados-membros se encontram vinculados a tomar, nos termos das respectivas legislações nacionais, contra as pessoas que ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais: ou de uma cópia de um programa de computador — conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito; ou de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de um programa (por ex., um *dongle* ou um *hardlock*: os chamados *copyright busting devices*). São aqui abrangidos actos comerciais de concorrência constitutivos de, na acepção anglo-saxónica, *secondary infringements*⁷ aos direitos exclusivos do titular, prevendo-se, como medidas adequadas, a apreensão das “cópias-piratas” — nos termos da legislação de cada Estado-membro —, e a possibilidade de estes preverem a apreensão daqueles meios de “pirataria” (art. 7.º, 2 e 3).

¹ Vide, desenvolvidamente, o nosso *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, in *Direito Industrial*, APDI, Vol. I, Separata, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385 ss.

² Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 473.

³ Entendendo-se que a posição é dominante quando a estrutura da *interface* é dominante face aos padrões de compatibilidade. Cfr. *Guidelines on the Application of the EEC Competition Rules in the Telecommunications Sector*, CMLR 4/1991, p. 496.

⁴ Com efeito, “control over interfaces may allow a dominant vendor to control neighbouring markets [no domínio, nomeadamente, dos: sistemas operativos, programas aplicativos, periféricos, CPU's, serviços de manutenção, etc.]. The community has thus acknowledged that dominant vendors may be required under EC competition law to provide necessary interface information to competitors, *whether it is copyrightable or not*”: VINJE, “*Magill*”: *Its Impact on the Information Technology Industry*, cit. pp. 21-2, itálico nosso. No mesmo sentido, cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 27, e p. 2116.

⁵ Um importante problema que se coloca em face das regras do direito europeu da concorrência surge quando uma empresa em posição dominante recusa conceder uma licença de utilização de informações necessárias à interoperabilidade de sistemas informáticos a um seu concorrente ainda que de um “neighbouring market”. E, de notar, que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso *Magill*, partindo da referência fundamental de distinção entre existência e exercício de direitos em matéria de propriedade intelectual (resultante do princípio da territorialidade), entre outros, considerou que a simples recusa de concessão de licença não constitui abuso de posição dominante. Cfr, por ex., VINJE, “*Magill*”: *Its Impact on the Information Technology Industry*, cit., pp. 16 ss.

⁶ VIVANT, Michel, *Le programme d'ordinateur au Pays des Musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP 1991, 94, n.º 19.

⁷ Cfr. UK Copyright, Designs und Patent Act of 1988, Sec. 296.

4. Ora, ao invés do que, de um modo geral, fizeram os seus congéneres europeus¹, o legislador português transpôs a directiva para a ordem jurídica interna através de um diploma próprio, no qual condensou todas as normas específicas de protecção dos programas de computador. Ao instituir um regime jurídico especial para proteger os programas de computador, o nosso legislador terá encontrado — não apenas relativamente à técnica legislativa — inspiração na doutrina defendida, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, que não aplaudia propriamente a solução comunitária, antes sendo um dos principais representantes da orientação crítica ao *copyright approach*².

É verdade que a técnica legislativa utilizada não parece conflitar com os resultados prescritos pelo instrumento normativo comunitário. Todavia, é duvidoso que o regime jurídico instituído se encontre em total conformidade com a “letra” e o “espírito” da directiva, como temos vindo a sustentar. “De um modo geral, parece que o legislador terá protegido os programas de computador mediante a concessão de direitos de autor ‘anómalos’ ou ‘desnaturados’. Tratar-se-á, nessa medida, de um regime jurídico algo *sui generis* ou especial, aquele que o decreto-*software* instituiu. Terá sido, pois, o nosso legislador algo «insubmisso» ou até «rebelde» ao servir-se da margem de liberdade que se atribui aos Estados-membros para a transposição de directivas, a ponto de, em questões não despidiendas, ter cometido mesmo algumas «infidelidades»”; por exemplo, em “face do decreto-*software*, não é nula a estipulação contratual que proíba a comunicação a outrem dessas informações, ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. Ora, isto não parece que se encontre em total sintonia com o imperativo da interoperabilidade presente na letra e no espírito da directiva-*software*.”³

4.1. O diploma português começa por atribuir aos programas de computador *protecção análoga* à que é conferida às obras literárias (art. 1.º, 2). O que vale por dizer que os programas não são protegidos *tout court* enquanto obras literárias, parecendo querer demonstrar-se “a firme convicção de que um programa de computador não é uma obra literária, como o regime de Direito de Autor estabelecido para essas criações não pode, sem mais, ser aplicado ao ‘software’”⁴. Nessa medida, como resulta do preâmbulo, a equiparação daqueles a estas só *pontualmente* permite uma aproximação para efeitos de regime. Ora, esta solução suscita alguns problemas de interpretação.

Com efeito, equacionado o problema nestes termos, parece que as disposições do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)⁵ não serão mobilizáveis senão mediante remissão expressa, como sucede relativamente a certas regras relativas à autoria (art. 3.º), à utilização livre (art. 10.º), aos contratos (art. 11.º), ao registo (art. 12.º), e à apreensão de cópias ilícitas (art. 13.º, 1). Esta interpretação restritiva da “aproximação pontual” ao regime do direito de autor parece ser corroborada pelo disposto no art. 15.º: “a tutela instituída pelo presente diploma não prejudica a vigência de *regras de diversa natureza* donde possa resultar uma protecção do programa, como as

¹ Dizemos de um modo geral, porque a lei belga de 30 de Junho de 1994 também criou um regime especial fora da lei do direito de autor, “assimilando” os programas de computador às obras literárias.

² Vide J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A protecção jurídica dos programas de computador*, cit., p. 110, *Direito de Autor*, cit., p. 75 s, 473 s.

³ Cfr. o nosso *Contratos de «Software»*, cit., p. 119, p. 110.

⁴ Pedro CORDEIRO, *A lei portuguesa do «software»*, ROA 1994, p. 714 (sustentando, aliás, que “os programas de computador nunca deveriam ser tutelados através do Direito de Autor” — p. 733, n. 5).

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, ratificado com alterações pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, e de novo alterado pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, e, mais recentemente, pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e n.º 334/97, ambos de 27 de Novembro

emergentes da disciplina dos direitos de patente, marcas, concorrência desleal, segredos comerciais e das topografias dos semicondutores ou do direito dos contratos”.¹

Em face deste preceito, parece que as regras de natureza autoral, das quais possa resultar uma protecção do programa, não poderão ser mobilizadas. Porém, a directiva não prejudica, como vimos, estas outras vias de tutela; mas, também não exclui as regras de natureza autoral (bem como de nenhuma outra “natureza”), como decorre da utilização da palavra “nomeadamente”². Por outro lado, fica o intérprete sem saber que natureza terão as regras do regime instituído: natureza autoral ou natureza especial ou *sui generis* a esta análoga? A segunda hipótese parece ser razoável, uma vez que dispõe expressamente logo no art. 1.º, 2, que “aos programas... é atribuída *protecção análoga* à conferida às obras literárias”.

Ora, se é conferida às obras literárias protecção pelo direito de autor, e se aos programas de computador é atribuída *protecção análoga* a esta, então as regras do regime instituído pelo nosso legislador não terão natureza autoral *proprio sensu*, mas antes natureza especial, dita análoga à natureza do direito de autor. Daí que esta opção do nosso legislador (a directiva não faz qualquer referência a “regras de diversa natureza”) se pudesse afigurar como tendo um outro sentido e alcance, a saber: não tendo as regras do regime instituído natureza autoral, o art. 15.º não prejudicaria, nem excluiria, a mobilização de regras de natureza autoral donde pudesse resultar uma protecção do programa. Assim, a “aproximação pontual” não significaria que a mobilização das regras de natureza autoral fosse excluída, apenas se admitindo excepcionalmente mediante remissão expressa.

No entanto, levantam-se alguns problemas. Para começar, dispõe o art. 7.º, 4-a) — no âmbito das regras de descompilação —, que as informações obtidas não poderão “ser utilizadas para um acto que infrinja *direitos de autor* sobre o programa originário”. Ou seja, parece, afinal, que o programa originário é susceptível de constituir objecto de direitos de autor³. Mas, que natureza terão estes direitos de autor? Natureza autoral propriamente dita? Ou antes natureza apenas análoga a esta? Na verdade, é problemático o reconhecimento de direitos de autor sem natureza autoral, ou melhor, de direitos de autor de natureza análoga aos direitos de autor de natureza autoral. Estar-se-á, certamente, em face de direitos de autor *sui generis* ou *impróprios*, numa palavra: “anómalos”.

Assim, estes direitos de autor participarão, ainda, de algum modo, da natureza autoral, daí decorrendo a preclusão, pelo art. 15.º, da mobilização dos critérios de natureza autoral “não anómala” ou “normal”, pois que não seriam, assim, de natureza totalmente “diversa”. Em suma, a “aproximação pontual” ao regime normal das obras literárias, possível no quadro da protecção análoga atribuída — radicada na concessão de direitos de autor anómalos —, resultaria, como já referimos, apenas de remissão expressa.

¹ Sobre a protecção dos circuitos integrados *vide*, por ex., o nosso *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, II, APDI, Coimbra, Almedina, 2002, com mais referências.

² Cfr. art. 9.º, 1, da directiva sobre os programas de computador. *Vide*, por ex., LEHMANN, Michael, *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, cit., 4.

³ Sobre a não utilização pelo legislador comunitário dos termos “programa originário”, *vide* VINJE, Thomas, *Die EG-Rechtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, cit., p. 250, *The Legislative History of the EEC Software Directive*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., p. 39.

4.2. Em diversos pontos do regime instituído parece-nos ser detectável a anomalia dos direitos de autor concedidos¹. Por um lado, exige-se como requisito de protecção que os programas tenham carácter criativo (art. 1.º, 2), parecendo implicar padrões de criatividade semelhantes aos que, segundo alguma doutrina, serão exigidos, nomeadamente, para as obras de arte aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design*². Porém, se efectivamente o legislador tiver pressuposto o entendimento doutrinário que nega a possibilidade de a forma de expressão do programa revestir, em algum caso, carácter criativo — por não ser a fórmula do programa senão expressão “obrigatória” ou “servil” de um processo —, então terá prescrito um regime jurídico destinado a não proteger os programas, uma vez que a expressão do programa (a sua fórmula), que constitui o objecto da protecção instituída (art. 2.º), jamais revestirá carácter criativo.

Depois, relativamente à autoria e titularidade dos direitos, refira-se, por exemplo, a presunção de que o programa realizado no âmbito de uma empresa constitui obra colectiva, atribuindo os direitos originariamente à empresa. Invoca-se a este propósito a experiência de direito comparado que se colhe na lei francesa, no sentido de atribuir originariamente direitos de autor a outrem que não o criador intelectual³. Trata-se de um entendimento que, a nosso ver, poderá ser seguido no quadro de direitos de autor anómalos, justificando, *inclusive*, a sua atribuição originária a pessoas colectivas, embora tenhamos algumas dificuldades em perfilhá-lo como orientação geral. Desde logo porque, a nosso ver, não há obras colectivas *proprio sensu*. Esta figura consagra uma regra de atribuição legal dos direitos de autor, os quais são sempre adquiridos originariamente pelos respectivos criadores ou autores pelo simples facto da criação. Depois, por cessão legal, aquela entidade singular ou colectiva adquire derivadamente os direitos de natureza económica, e apenas estes. Os direitos de autor, quer na vertente jussopessoal, quer na vertente jusdominal, nascem ou surgem originariamente na esfera jurídica do autor ou autores da obra no momento da sua criação. Não obstante, talvez tal solução se possa aceitar no quadro de direitos de autor *anómalos*, atribuindo a sua autoria ou “titularidade originária”, nomeadamente, a pessoas colectivas, as quais, como se sabe, são desprovidas de capacidade de criação, e, por isso, de acordo com o regime normal, apenas derivadamente, seja por cessão legal, seja por transmissão contratual, podem adquirir direitos de natureza económica.

4.3. Quanto ao conteúdo ou *licere* destes direitos, o legislador terá “saneado terminologicamente” o texto da directiva, consagrando como faculdades de fazer ou autorizar, a reprodução, a transformação, o pôr em circulação, e a locação (art. 5.º). Consagrou, ao que parece, um conceito restrito de reprodução, englobou no termo transformação os actos de tradução, adaptação e modificação do programa, não retomando o termo “modificação” constante da directiva (art. 4.º-b), certamente por entender tratar-se de um “erro de tradução”⁴.

Depois, quanto ao chamado direito de pôr em circulação (art. 8.º), estabeleceu uma solução que nos parece algo problemática: um acto de disposição do original do programa produz o esgotamento do direito de o pôr em circulação, mas não afecta o direito de locação do programa. Na verdade, como

¹ Cfr. o nosso *Contratos, cit.*, p. 95 s.

² Cfr. art. 2.º, 1-i, do Código do Direito de Autor.

³ Vide J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor, cit.*, p. 126.

⁴ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *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 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996, p. 342.

poderá ser conservado o direito de locação do programa depois de terem sido transmitidos os direitos de exploração económica a eles relativos?

Por força da alienação os direitos de exploração são reservados exclusivamente ao adquirente, abrangendo o direito de distribuição do programa sob qualquer forma, incluindo, nos termos da directiva, a locação. Assim, parece que, como temos sustentado, deverá ser o transmissário quem, como titular do direito de distribuição, passa a poder controlar a locação do programa e das suas cópias¹. Nesse sentido, o legislador interno terá divergido da directiva comunitária.

4.4. Por outro lado, regulou autonomamente os direitos do utente², dispondo que o utente legítimo de um programa pode sempre, para utilizar o programa ou para corrigir erros, carregá-lo, visualizá-lo, executá-lo, transmiti-lo e armazená-lo (art. 6.º, 1). E, no n. 2, acrescenta: mesmo se esses actos implicarem operações previstas no n. 1, ou seja, as operações de carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento.

Parece que esta disposição “deve ser um lapso de redacção da nossa lei”³. Todavia, admite-se estipulação contratual em contrário (art. 6.º, 3, *in fine*), parecendo que tais operações poderão ser proibidas por contrato. O que é passível de se traduzir, por um lado, na ilicitude da observação, do estudo e do ensaio do funcionamento do programa para determinar as ideias e princípios que estiverem na base de algum dos seus elementos quando tal *investigação* se processe através daquelas operações; e, por outro lado, na ilicitude da utilização e da correcção de erros do programa efectuadas mediante aquelas operações.

O que não deixa de ser susceptível de deixar o utilizador com uma licença que não lhe permite, na prática, utilizar o programa.⁴ E, porquanto pode ser impedido de praticar tais operações, não deixa de ser curioso saber como poderá o “utente legítimo” proceder, de facto, à investigação e/ou à execução de uma cópia de apoio (art. 6.º, 2). Estes direitos mínimos do utilizador legítimo encontram-se salvaguardados no considerando 17 da directiva sobre os programas de computador: “considerando que os direitos exclusivos do autor para impedir a reprodução não autorizada da sua obra devem ser sujeitos a uma excepção limitada no caso de se tratar de um programa de computador, de forma a permitir a *reprodução tecnicamente necessária* para a utilização daquele programa pelo seu adquirente legítimo; que tal significa que *as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia de um programa legalmente adquirido, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, não podem ser proibidas por contrato*”.

4.5. Quanto às regras da descompilação, a directiva prescreve a nulidade das estipulações contratuais contrárias *a todas* as normas da descompilação (quer respeitem ao acesso às informações, quer respeitem à sua utilização)⁵. Porém, o nosso legislador entendeu que apenas as regras relativas

¹ Vide, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., p. 568 ss.

² Sobre a importância da protecção do utente *vide*, por ex., MILLÉ, António, *Derechos del usuario de bienes informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, cit., p. 331

³ ROCHA, Manuel Lopes / CORDEIRO, Pedro, *A protecção jurídica do software*, 2.ª ed., Lisboa: Cosmos, 1995, p. 34.

⁴ Sobre o conceito de uso informático *vide*, por ex., MILLÉ, António, *Uso de obras por la informática*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, cit., p. 329 ss.

⁵ Cfr. art. 6.º e art. 9.º, 1, *in fine*. Vincando a distinção entre o acesso e a utilização das informações, no sentido de a imperatividade se dirigir a ambos, *vide*, por exemplo, VERSTRYNGE, Jean-François, *Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan European Framework*, DIT 2(1992), p. 10-1.

ao acesso às informações (mediante descompilação) deveriam ser imperativas; já as regras de utilização das informações licitamente obtidas seriam dispositivas.

Assim, no art. 7.º, 1 e 2, estabelece as regras de acesso às informações (as condições de licitude da descompilação), prevendo no n. 3 que “é nula qualquer estipulação em contrário ao disposto nos *números anteriores*.” Depois, nos seguintes ns. 4 e 5 estabelece as regras de utilização dessas informações, não as cunhando com igual nota de *imperatividade*. Donde decorre que, à face da lei interna, não será nula a estipulação contratual que proíba a comunicação a outrem dessas informações ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. O que, a nosso ver, não está de acordo nem com a letra nem com o espírito da directiva¹.

4.6. Por outro lado, o art. 9.º, sob epígrafe “Direitos do titular originário”, vaza uma norma paradigmática da natureza anómala dos direitos de autor concedidos pelo legislador português para a protecção jurídica dos programas de computador.

A primeira questão que se levanta consiste em saber se o chamado titular originário do programa pode ser outra pessoa que não o seu criador intelectual, como se poderá pretender em face do art. 3.º². E se, nessa medida, esse titular originário gozará deste direito de reivindicar a paternidade do programa. Ora, o direito que o art. 9.º consagra é, em nosso entender, a faculdade de reivindicar a paternidade da obra que integra o direito moral. Direito esse que, como é sabido, apenas é reconhecido ao criador intelectual, sendo absolutamente indisponível. Pelo que, não nos parece que o titular originário do programa possa ser outrem que não o(s) seu(s) respectivo(s) criador(es).

Ademais, parece que o nosso legislador apenas reconheceu este direito moral ao autor do programa, uma vez que, como vimos, excluiu a mobilização das regras de natureza autoral, excepto nos casos em que para as quais remete expressamente. O que não sucede relativamente aos chamados “direitos morais”. Esta solução parece apoiar-se no entendimento segundo o qual “é absurdo falar de um direito pessoal sobre um programa de computador”³. Nessa medida, não se deveria aplicar a Convenção de Berna aos programas de computador. Porém, de novo, esta solução parece conflitar com a directiva, a qual, segundo a referida interpretação do “silêncio” do legislador comunitário, ao *ancorar* a protecção jurídica dos programas de computador na Convenção de Berna, parece ter vinculado os Estados-membros a observarem os direitos mínimos, patrimoniais e pessoais, garantidos por aquele instrumento de protecção internacional. Nessa medida, a remissão da directiva para o regime da Convenção de Berna implica o reconhecimento de direitos morais mínimos, não apenas o direito à paternidade, mas também o direito ao respeito pela obra em relação a actos que atinjam o autor na sua honra ou reputação⁴.

¹ Vide art. 6.º, 2-b, art. 9.º, 1, *in fine*, e cons. 25, da directiva sobre os programas de computador. Seguindo a nossa posição, vide, por ex., Rui SAAVEDRA, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa: SPA/D.Quixote, 1998, p. 248.

² E do art. 36.º, 2, do Código do Direito de Autor, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro, que transpõe a Directiva n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos, e revoga o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. Sobre o regime de duração da protecção, vide, desenvolvidamente, o nosso *O Tempo e o Direito de Autor: Análise da transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da Directiva n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*, in *Temas de Propriedade Intelectual*, I, 1999.

³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 475.

⁴ Neste sentido, Luiz Francisco REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, I, Lisboa: SPA/D. Quixote, 1994, p. 181-2.

De qualquer modo, o não reconhecimento destes “direitos morais” ao criador de um programa evidencia bem a natureza anómala dos direitos concedidos pelo nosso legislador. Isso não decorre do afastamento, neste domínio, do art. 15.º, 2, do Código do Direito de Autor, e que está, a nosso ver, em conformidade com a directiva, pois que os actos de modificação não se identificam nem consomem o direito moral à integridade. Ou significará isso, afinal, que a analogia de situações, ou seja, a “aproximação pontual” às normas do Código do Direito de Autor é definida expressamente pelo legislador, vedando-se, fora dessas situações, o recurso à sua aplicação analógica, caso a caso, pelo intérprete? O problema coloca-se também em sede de utilizações livres, tendo o legislador remetido, com as devidas adaptações, para o regime do Código, dispondo, porém, expressamente, que “é livre a análise de programas como objecto de pesquisa científica ou de ensino” (art. 10.º, 2). Relativamente ao uso privado, só é admitido nos termos previstos na lei, ou seja, só é permitida no âmbito da autorização de utilização concedida no respeito pelos direitos mínimos de utilização “garantidos” ao “legítimo utente”¹.

4.7. Em sede de autonomia privada, para além da remissão para o regime geral dos contratos, dispõe a nossa lei que “são aplicáveis a estes negócios as disposições dos artigos 40.º, 45.º a 51.º e 55.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”, consagrando especialmente, como critério interpretativo das estipulações contratuais, para além da boa fé, o “âmbito justificado pelas finalidades do contrato” (art. 11.º, 1-3).

Assim, em geral, o titular dos direitos pode autorizar a utilização do programa por terceiro, bem como transmitir ou onerar, ainda que *ex ante*, no todo ou em parte, os seus direitos patrimoniais: os direitos patrimoniais podem ser cedidos ou constituir objecto de usufruto e penhor, e de penhora e arresto (carecendo do consentimento do autor no caso de programa inédito ou incompleto), conservando o criador intelectual, em qualquer caso, o direito a uma compensação suplementar; tais direitos podem estar incluídos em herança vaga e não podem adquirir-se por usucapião.

Ora, o legislador parece ter afastado, neste domínio, a mobilização, entre outros, dos arts. 41.º a 44.º CDADC, nos quais se prevê o regime da autorização de utilização da obra e da transmissão, parcial ou total, “do conteúdo patrimonial do direito de autor”, bem como certas regras relativas à sua oneração.² Em qualquer caso, note-se que do afastamento do art. 42.º do CDADC não parece que se permita concluir que o criador intelectual ou autor do programa (o chamado “titular originário”) possa renunciar aos e/ou dispor — transmitindo ou onerando — dos seus “direitos morais”, e não

¹ Em contrapartida, a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, não se aplica aos programas de computador (art. 1.º, 2). Todavia, no direito comparado, pronunciado-se favoravelmente à aplicação do art. 68.º da lei italiana do direito de autor, *vide* FRANCESCHELLI, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, cit., p. 18.

² Para justificar a exclusão destas regras argumenta-se com a inadequação (por excesso) do *formalismo*. Com efeito, a autorização de utilização só poderia ser concedida por escrito, dela devendo constar obrigatória e especificadamente a forma autorizada de utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço; as transmissões e onerações parciais deveriam designar os modos de utilização que têm por objecto, bem como as respectivas condições de exercício relativas ao tempo, ao lugar, e, se o negócio fosse oneroso, ao preço, e deveriam constar de documento escrito com reconhecimento notarial das assinaturas; a transmissão total e definitiva dos direitos patrimoniais careceria de escritura pública, devendo identificar a obra e o respectivo preço. Todavia, é questionável se este formalismo entorpecerá, de facto, a celeridade do comércio jurídico e se o seu afastamento acabará por se traduzir em não acautelar devidamente os interesses dos criadores intelectuais dos programas e dos utilizadores finais.

obstante o legislador os ter reduzido ao direito de reivindicação da autoria. Aliás, parece que só por “mero lapso”¹ se compreende a não aplicabilidade deste preceito.

4.8. É ainda prevista a inscrição do programa no registo da propriedade literária (art. 12.º) e são regulados os *secondary infringements* nos termos do CDADC (art. 13.º, 1). Quanto a este aspecto, é possibilitada a apreensão dos dispositivos de neutralização dos sistemas técnicos de protecção (art. 13.º, 2 e 3). Prevê-se ainda, no art. 14.º, a tutela penal dos programas contra a reprodução não autorizada, remetendo expressamente para o art. 9.º, 1, da Lei da Criminalidade Informática, nos termos do qual, “quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”² Resta saber se a tentativa é punível, tal como se prevê no art. 9.º, 3. Na verdade, ao remeter apenas para o n.º 1 deste artigo, parece não ter afastado aquele preceito, ainda que tenha ressalvado a tutela por outras disposições legais de “diversa natureza” (art. 15.º). Ora, a “falta de clareza” levou a que tivesse sido já proposta a revogação do art. 9.º.

Em sede de “tutela internacional”, dispõe o art. 17.º determinados critérios que revelam claramente ter subtraído a protecção dos programas de computador ao quadro de tutela jurídica internacional oferecido pela Convenção de Berna, uma vez que subordina a tutela internacional à reciprocidade material, admitindo a aplicação do princípio do tratamento nacional apenas na medida em que assim for estabelecido por convenção internacional, como acontece, agora, expressamente, com o Acordo TRIPS/ADPIC.

5. Assim, conclusivamente, são detectáveis algumas fracturas susceptíveis de comprometerem a conformidade da nossa lei com o regime prescrito pela directiva. Para além de se prestar a “situações confusas e de dificuldade interpretativa”³, o regime instituído pelo nosso legislador parece caracterizar-se pela protecção dos programas de computador através da concessão de direitos de autor “anómalos”, como, aliás, era propugnado na doutrina⁴. Assim, terá sido instituído um regime especial, uma espécie de *tertium genus*, certamente insuflado pela pressuposição da natureza híbrida do *software*.

Numa apreciação de política legislativa, o futuro dirá se, apesar de todos os tratados internacionais, a solução do nosso legislador não terá sido a mais adequada à especial natureza do *software*. Trata-se de obras funcionais cuja protecção nos termos das obras literárias, ou acaba por não se verificar em razão da dicotomia ideia-expressão, sendo então a prescrição legislativa um logro, ou acaba por exigir um regime de análise especial para estas obras em que este princípio tão caro ao direito de autor não se aplica, como, aliás, tem sido proposto⁵, ou ainda poderá acabar num alargamento geral do objecto do direito de autor no sentido de abranger o seu conteúdo ideativo-funcional, acabando-se com a distinção entre livros e máquinas, e tudo se dissolvendo no *gurgite vasto* dos direitos de propriedade intelectual.

¹ Pedro CORDEIRO, *A lei portuguesa do “software”*, cit., p. 734.

² Vide José de FÁRIA COSTA, *Les crimes informatiques et d’autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal*, *Révue Internationale de Droit Pénale*, 1993, p. 517.

³ LOURENÇO MARTINS, *A protecção jurídica*, cit., p. 52.

⁴ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 473 s.

⁵ Cfr. WEINREB, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, Harvard LR 1998, p. 1250.

O futuro o dirá se a abertura de um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, incluindo, *inter alia*, as tecnologias electrónicas da informação (programas de computador, topografias de produtos semicondutores, sistemas de bases de dados)¹ e as criações artificiais geradas por computador, não acabará por se impor como via de protecção com o advento do ambiente digital do ciberespaço². Porque, justamente, talvez a questão não deva ser se o direito de autor pode proteger os programas de computador, mas antes se o deve fazer. Afinal de contas, como o disse Goldstein, não se terá posto a pergunta errada e consequentemente obtido a correspondente resposta?³

Não obstante, esta apreciação de política legislativa não obsta a que, de *iure condito*, se reconheçam alguns pontos de desconexão entre a lei portuguesa do *software* e a directiva comunitária, que permanece como “«satélite vigilante»”⁴. Mas não deixe de se registar que a informática, com o *software* e o *multimedia*, carrega novas possibilidades de expressão cultural, falando-se em artes cibernéticas ou *cyberarts*⁵

6. Passando agora à análise das principais formas de exploração comercial de programas de computador, importa começar por referir que no quadro das relações jurídico-laborais entre uma *software-house* e os seus subordinados é prevista uma regra de cessão legal (na concepção dualista latina do *droit d'auteur*)⁶ dos direitos de exploração, nos termos da qual, em princípio, a *software-house* adquire (*ex lege*, mas derivadamente) a qualidade de titular exclusivo dos direitos de exploração do programa assim criado.

Ora, a exploração económica do programa realiza-se, normalmente, através da concessão de autorizações de utilização do programa ou de cópias suas, conservando o monopólio de exploração. A matriz comercial desta exploração económica radica na figura do contrato de licença, que se caracteriza como sendo o acordo pelo qual, o titular dos direitos concede a outrem uma autorização de utilização do programa de computador, ou de uma sua cópia, para determinados fins (nomeadamente, produção, distribuição, utilização final). Com efeito, é com base na figura da licença que o titular dos direitos — na sequência, a *software-house* — 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,

¹ O regime jurídico das bases de dados, previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º [96/9/CE](#), de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados), consagra um novo direito de propriedade intelectual.

² Cfr. DWORKIN, Gerald, *Copyrights, Patents and/or 'Sui Generis': What Regime Best Suits Computer Programs*, in HANSEN, Hugh (ed.), *International Intellectual Property Law and Policy*, I, London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 165 s.

³ Cfr. GOLDSTEIN, Paul, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works (Final Remarks)*, in *L'informatique et le droit d'auteur*, ALAI, Cowansville: Yvon Blais, 1989, p. 541. A verdade, aliás, é que os regimes instituídos pelas directivas programas de computador e bases de dados, para não falar das topografias de produtos semicondutores, consagram já, mais ou menos declaradamente, formas de protecção vulgarmente chamadas *sui generis*, segundo uma lógica mais próxima dos direitos conexos. Sobre esta matéria *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, *passim*.

⁴ Manuel LOPES ROCHA, *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, *cit.*, II, p. 704.

⁵ MILLÉ, António, *Las 'artes cibernéticas' y sus problemas de propiedad intelectual*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, *cit.*, II, p. 977.

⁶ Ou uma concessão legal de licença exclusiva na concepção monista alemã do *Urheberrecht*. Cfr., por todos, BOYTHA, György, *La législation relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale*, *Le Droit d'Auteur*, 10(1991), pp. 210 ss.

sem abdicar do monopólio de exploração que a sua qualidade de titular dos direitos lhe reserva em exclusivo. Fala-se, por isso, com propriedade, de uma “*Lizenzkultur*”¹.

No universo da prática negocial emergem as mais diversas constelações contratuais de licenças, que se formam e assim adquirem a sua especial caracterização, consoante os fins específicos que, em concreto, as partes visam lograr prosseguir, 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: sistemas operativo, programa aplicativo, *firmware*)². 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 (*Zweckübertragungstheorie*). 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. Pelo que encontra a área de reserva e de exclusão que o titular dos direitos dispõe, determinados limites *internos* (os direitos mínimos do legítimo utilizador) e *externos* (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 mercado³.

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 caracterizar algumas das constelações contratuais, de matriz acordo de licença, que o titular dos direitos sobre um programa concede no âmbito da sua exploração económica exclusiva. Distinguiremos, assim, três séries de licenças de utilização, correspondentes, respectivamente, a três grupos de fins: produção e distribuição, distribuição, e utilização final.

6.1. A licença de utilização de um programa para fins de produção/distribuição é o contrato pelo qual o titular dos direitos concede a outrem, em certos termos, autorização para produzir e comercializar, por conta própria, um determinado número de cópias de um programa de computador. As partes estipulam as condições de produção das cópias e da sua comercialização (nomeadamente, no que respeita à estratégia de *marketing*, em geral, e, em especial, à publicidade, ao preço, à assistência a clientes, etc.). Acordam ainda os termos de retribuição (pondendo consistir, por exemplo, ou num *forfait*, ou numa percentagem sobre o resultado da comercialização de cada cópia, ou numa modalidade mista), podendo prever também uma cláusula de exclusividade, nos termos da qual, por exemplo, o concedente da licença se obriga a não autorizar um terceiro a produzir e distribuir aquele programa numa determinada zona geográfica, obrigando-se a outra a parte a não produzir e distribuir outro programa daquele tipo, e uma cláusula de não concorrência, nos termos da qual, por exemplo, o beneficiário da licença se obriga a não criar e explorar programas concorrentes⁴. Acresce que, o licenciado actua por conta própria, isto é, assume os riscos da produção e da comercialização do número de cópias do programa estipulado no contrato.⁵

¹ LEHMANN, *Das neue Software-Vertragsrecht*, cit., p. 1822.

² Cfr. PRES, Andreas, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, CR 9(1994), pp. 520 ss.

³ Cfr. LEHMANN, Michael, *Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen in Europa*, EWS 9(1994), pp. 293 ss.

⁴ O beneficiário pode ainda obrigar-se a ceder os direitos que eventualmente adquira sobre programa derivados por si criados no quadro das suas autorizadas actividades de manutenção e assistência.

⁵ Esta autorização de utilização é temporária, ainda que as partes não tenham determinado o seu prazo de duração. O factor tempo é, aliás, de extrema importância no cumprimento deste contrato, quer por parte do concedente na entrega do

Do ponto de vista dos direitos de autor, esta constelação contratual de licenças confere ao respectivo beneficiário as faculdades de utilização do programa necessárias à prossecução do fim a que se destina, a saber: a reprodução-cópia do programa de acordo com o número estipulado de cópias (podendo, consoante os casos, incluir a execução das cópias de apoio), no âmbito da sua autorização de produção; a comercialização do programa (podendo ser prevista a forma de locação das cópias) e a sua reprodução, tradução e adaptação, de acordo com os termos contratuais de promoção, manutenção e assistência das cópias produzidas e comercializadas, no âmbito da sua autorização de distribuição; e, em geral, as faculdades que imperativamente integram o *licere* mínimo de qualquer autorização de utilização (por exemplo, as faculdades de testar e estudar o funcionamento do programa e de descompilação). Trata-se, portanto, de uma autorização mista de produção e de distribuição, que não implica a transmissão de direitos sobre o programa, uma vez que o beneficiário da licença participa no monopólio de exploração económica nos termos e na medida da licença de utilização do programa que este lhe concede.

Em termos de enquadramento jurídico, parece esta constelação de licenças corresponder à figura da locação consagrada na directiva como uma das modalidades de distribuição, bem como ao contrato de edição¹, que constitui uma forma típica de utilização de obras². Assim, a licença de utilização de um programa para fins de produção e distribuição é contrato pelo qual o titular dos direitos autoriza outrem a participar no monopólio de exploração económica do programa que a sua qualidade lhe reserva em exclusivo, nos termos de um contrato que confere ao respectivo beneficiário um direito de crédito *inter partes*, e com a sua satisfação, um *direito pessoal de gozo* oponível *erga omnes*³, oferecendo-se, para efeitos de regime, como contrato de edição, e, nessa medida, como forma especial de locação.

6.2. A licença de utilização de um programa para fins de distribuição é o contrato pelo qual o titular dos direitos, ou um terceiro com a sua autorização, concede a outrem autorização para, em certos termos, distribuir, por conta própria, um determinado número de cópias.

Nesta segunda constelação de licenças, as cópias do programa são produzidas, ou por conta do titular dos direitos, ou por conta de terceiro autorizado nos termos da licença atrás caracterizada. No primeiro caso, o titular dos direitos concede directamente a licença ao distribuidor, ainda que a respectiva actividade de promoção seja desenvolvida por intermédio de um agente autorizado. No segundo caso, a licença é concedida pelo beneficiário da autorização de produção e distribuição, o qual, com autorização do titular dos direitos, nos termos da respectiva licença, sub-licencia a

original ao beneficiário, quer por parte deste na produção e distribuição das cópias: a exploração económica de um programa depende do seu valor comercial, ou seja, do seu valor de mercado, sendo este, por força da rápida evolução tecnológica, um mercado em constante *ebulição*. Assim, por exemplo, um programa cuja criatividade lhe poderia assegurar o sucesso comercial, é susceptível de se tornar obsoleto em virtude de um mero atraso temporal na sua produção e/ou distribuição, ficando, assim, desprovido de valor de mercado e afectando, prejudicialmente, a sua exploração económica, quer pelo respectivo titular dos direitos, quer pelos que este tenha autorizado a participar no seu monopólio.

¹ Cfr. art. 83.º do Código do Direito de Autor. No sentido da aproximação desta licença à edição *vide*, por ex., HABERSTUMPF, Helmut, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR Int 10(1992), p. 721; LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1825; SCHAMING, Bernard, *Le droit du logiciel*, Paris: Litec, 1990, p. 230; HUET, Jérôme/MAISL, Herbert, *Droit de l'Informatique et des Télécommunications*, Paris: Litec, 1989, p. 281, p. 442.

² De resto, o contrato de edição é um contrato “típico”, cujo regime especial é previsto no Código do Direito de Autor, embora seja subsidiariamente regulado pelas regras da locação.

³ *Vide*, desenvolvidamente, com mais referências, o nosso *Informática*, cit., pp. 308 ss, em nota.

distribuição das cópias do programa, produzidas por sua conta. Em qualquer dos casos, as partes estipulam as condições de comercialização das cópias e da respectiva promoção, nomeadamente, no que respeita, em geral, à estratégia de *marketing*, e, em especial, à publicidade, à exclusividade, ao preço, e à assistência a clientes.

6.2.1. Em termos de direitos de autor, esta constelação de licenças confere ao respectivo beneficiário as faculdades necessárias de utilização do programa com vista à prossecução do escopo contratual: a comercialização das cópias do programa (podendo ser prevista a forma de locação das cópias) e a sua reprodução, tradução e adaptação, de acordo com os termos contratuais de promoção, manutenção e assistência das cópias comercializadas, no âmbito da respectiva autorização de distribuição. Trata-se de uma licença de utilização do programa exclusivamente para fins de distribuição¹, pela qual o titular dos direitos autoriza o distribuidor a participar no seu monopólio de exploração económica do programa, comercializando cópias suas (comprando-as para revenda e/ou — mediante autorização especial — para locação) e prestando serviços de assistência aos clientes.

Na prática comercial esta constelação de licenças reveste principalmente uma de duas modalidades contratuais: ou a concessão, ou a franquia. No primeiro grupo de casos, o concessionário obriga-se a comprar, para revenda e/ou para locação, ao concedente da licença de distribuição, e este a vender-lhe, cópias do programa (podendo estar obrigado a adquirir ou a garantir a distribuição de uma quota mínima de cópias)². Esta operação realiza-se nos termos de um “*contrato-quadro* («*Rahmenvertrag*»/«*contrat-cadre*»), que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa... de colaboração estável, de conteúdo múltiplo, cuja *execução* implica, designadamente, a celebração de *futuros* contratos entre as partes”³.

No segundo grupo de casos (*franchising*), o concedente da licença de distribuição (o franquizador) autoriza o franquiado a participar no seu monopólio de exploração mediante *adesão* ao seu conceito

¹ Esta licença de utilização do programa para fins de distribuição encontra-se expressamente prevista como forma de exploração de uma obra. Nos termos da al. f) do n. 2 do art. 68.º Código do Direito de Autor, o titular dos direitos goza do exclusivo de fazer ou de autorizar, por si ou pelos seus representantes, qualquer forma de distribuição do original ou de cópias da obra, tal como venda, aluguer ou comodato (redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro).

² Estas licenças surgem, com frequência, no quadro de acordos de distribuição de *hardware* (equipamentos informáticos), por exemplo, quando as cópias do programa são implantadas em CPUs e ROMs (*firmware*), e, tratando-se de sistemas operativos e programas aplicativos, em discos rígidos do computador, bem como em disquetes que os acompanham. Será, nomeadamente, o caso em que o produtor de *hardware* concede uma licença de distribuição dos equipamentos que fabrica, sub-licenciando, ao mesmo tempo, a distribuição das cópias do programa que é autorizado a produzir e distribuir, pelo respectivo titular dos direitos sobre o programa, juntamente com o *hardware* que fabrica. Sobre os chamados contratos de distribuição OEM (*Original Equipment Manufacturer*) e VAR (*Value Added Reseller*) vide, por ex., SCHNEIDER, Jochen, *Praxis des EDV-Rechts. Recht der Beschaffung, des Betriebs, der Wartung und Pflege von Computeranlagen und -programmen, insbesondere EDV-Vertragsrecht*, Köln: Schmidt, 1990, pp. 842 ss; BELLEFONDS, Xavier Linant de / HOLLANDE, Alain, *Contrats Informatiques et Télématiques*, 2. éd., Paris: Delmas, 1988, pp. 70 ss.

³ António PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial, Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 108. No quadro desta modalidade de licenças de distribuição o concessionário obriga-se ainda a *orientar* a sua política de *marketing* segundo as directrizes emanadas pelo concedente — cujo cumprimento controla —, em especial, no que respeita, nomeadamente, à actividade de promoção publicitária e de negociação, aos preços de revenda e de locação, a um mínimo de cópias em armazém, à distribuição de outros produtos concorrentes ou não, à prestação de serviços de manutenção e de assistência.

de *marketing*¹: o franquiado distribui as cópias do programa conforme o plano, método e directrizes prescritas, minuciosamente (local, pessoal, preços, publicidade, bens que distribui, bens em stock, etc.), pelo franquiador, utilizando a marca e outros sinais distintivos deste, bem como o *know-how* que lhe fornece juntamente com regular assistência. A adesão ao conceito de *marketing* do franquiador depende ainda, normalmente, de um parecer favorável sobre as condições financeiras do franquiado, a prestar por um instituição financeira. Como contrapartidas pela licença que concede, o franquiador exige o pagamento de uma entrada inicial e de *royalties* periódicas. À compra para revenda e/ou locação de cópias do programa junta-se a prestação de serviços de manutenção e de assistência aos clientes, mediante pessoal especialmente qualificado, como obrigações que o franquiado assume em exclusividade, sujeitando-se a uma maior ingerência por parte do franquiador, que controla e fiscaliza o seu rigoroso cumprimento, nos termos prescritos na licença. Em suma, “o franquiado fica adstrito ao plano delineado pelo franquiador, executa-o e surge aos olhos do público, ao distribuir os bens, com a *imagem empresarial* deste”².

Em ambos os grupos de casos (concessão ou franquia), a primeira comercialização de uma cópia de um programa efectuada pelo titular dos direitos ou realizada com o seu consentimento, extinguirá o direito de distribuição dessa mesma cópia na Comunidade. Porém, conserva-se o direito de controlar a ulterior locação dessa mesma cópia, bem como de todas as restantes, quer tenham ou não sido produzidas por sua conta. De igual modo, o titular dos direitos conserva ainda a faculdade de controlar a locação ulterior do programa quando tiver concedido uma licença de utilização do programa para fins de produção e distribuição ou só de distribuição, uma vez que o beneficiário desta constelação de licenças não poderá sub-licenciar (sub-locar) a utilização do programa sem autorização do respectivo titular dos direitos.³

6.2.2. Quanto ao enquadramento jurídico-contratual destas licenças de distribuição, trata-se de contratos de distribuição que se analisam, desde logo, como uma forma de locação, à semelhança das licenças de utilização para fins de produção e distribuição de cópias (à excepção das notas especiais da produção de cópias no quadro da edição). Nesse sentido, esta constelação de licenças representa uma autorização de utilização de obra, regulando-se pelos correspondentes critérios especiais de direitos de autor e, na medida em que não os contrariem, pelos critérios gerais da locação.

Por outro lado, esta constelação de licenças aproxima-se, consoante os casos, dos contratos de concessão e de franquia. Porém, ao contrário do contrato de edição, o *corpus iuris* vigente não oferece um conjunto de regras especialmente destinadas a disciplinar estas relações contratuais, à excepção de determinados Regulamentos comunitários que tratam da concordância destes acordos com as regras do direito europeu da concorrência⁴. Não obstante, o regime jurídico do contrato de

¹ Sobre o significado desta prática, *vide* o nosso *Da franquia de empresa («franchising»)*, BFD, LXXIII, com mais indicações.

² PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., 120.

³ Isto não sucede, porém, se, ao invés de autorizar a participação *sine domino* no seu monopólio de exploração mediante a concessão de licenças de utilização, tiver transmitido ou cedido os seus direitos de exploração do programa, porquanto abdicará ou privar-se-á do monopólio de exploração económica do programa que a sua qualidade lhe reservava em exclusivo, perdendo, nessa medida, o seu interesse de participação.

⁴ *Vide*, por ex., o Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE a certas categorias de acordos de transferências de tecnologia (JO L 31, 9.2.1996).

agência¹ poderá oferecer critérios para a solução de problemas emergentes destas relações contratuais de concessão e de franquia. Com efeito, não raras vezes o beneficiário da licença obriga-se a promover ou promove *de facto*, por conta do concedente, a celebração de contratos com clientes que procuram, nomeadamente, programas especificamente adequados às suas particulares e concretas necessidades. No primeiro grupo de casos, pode deparar-se, “com uma *união* ou *coligação de contratos* (de agência e de concessão comercial, por ex.), ou com um *contrato misto*, a que seja de aplicar, total ou parcialmente, em conformidade com as regras que disciplinam estes contratos, o regime da agência”; no segundo grupo de casos, a “aplicação analógica” de certos critérios prescritos para regular a agência poder-se-á justificar, na medida em que, em certos termos, se possa equiparar o beneficiário desta constelação de licenças a um agente.²

Em suma, a licença de utilização de um programa exclusivamente para fins de distribuição caracteriza-se como sendo o contrato pelo qual o titular dos direitos concede a outrem autorização para, por conta própria, participar, *sine domino*, no seu monopólio de exploração, distribuindo cópias do programa e prestando serviços de assistência e manutenção a clientes, no quadro de uma relação obrigacional complexa idêntica, em princípio, nas suas notas caracterizadoras, ou à concessão ou à franquia. Para efeitos de regime, esta constelação de licenças deverá ser regulada pelos critérios gerais prescritos para a relação locatícia, com as especialidades contempladas no Código do Direito de Autor para as autorizações de utilização de obra em geral, bem como por certos critérios especiais do regime da agência, directa ou analogicamente, consoante os casos.

6.3. A licença de utilização de uma cópia de um programa de computador é o contrato pelo qual o titular dos direitos concede a um utilizador final autorização para, em certos termos, utilizar essa mesma cópia. Esta constelação de licenças reveste na prática, principalmente, duas modalidades consoante respeite a um programa padronizado, produzido e distribuído em massa “tal e qual” (o chamado *standard software* ou *prologiciel*), ou a um programa escrito por encomenda em atenção às específicas necessidades concretas de um particular cliente (o chamado *taylor made* ou *individual software*).³

A obtenção de uma licença deste tipo (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, que pode ser efectuado 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 consultoria que celebra com um terceiro⁴. No âmbito das relações pré-contratuais, a doutrina francesa tem elaborado uma série de critérios

¹ Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril (que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro, relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais).

² Cfr. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., p. 64 *et seq.*.

³ Cfr. o nosso *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA 59(1999), III, pp. 925 ss.

⁴ *Beratungsverträge; contrat de conseil; Consulting ou Management Contract*. No âmbito deste contrato de consultadoria 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 engargos 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), quer se trate de um novo programa a criar segundo aquele conceito. Cfr., por ex., SCHNEIDER, *EDV-Rechts*, cit., p. 353 ss.

específicos, de origem jurisprudencial, densificadores do *princípio da boa fé* neste domínio particular¹, em termos de poder ser imputada ao fornecedor “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”².

Ora, em função das necessidades específicas de cada cliente particular, será procurado um programa padronizado (*standard software*, ainda que adaptado) ou um programa a criar *ex novum* (*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 *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. Se 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.

6.3.1. No primeiro grupo de casos, o cliente celebra directamente, v.g., com a *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 cópia³. Em termos de enquadramento jurídico, este contrato oferece-se nas suas notas características como susceptível de comungar das exigências do contrato jusautorral de encomenda de obra, assimilando-se em termos gerais ao contrato de empreitada.

¹ Sucintamente: por um lado, sobre o fornecedor impende um dever geral de informação, que compreende: (a) a obrigação de esclarecer — *l'obligation de renseignement* — o cliente sobre as características técnicas e qualidades funcionais do programa (por exemplo, mediante documentação técnica informativa, e não meros prospectos publicitários, etc.); (b) a obrigação de acautelar — *l'obligation de mise en garde* — o cliente, chamando a sua atenção para as precauções necessárias indispensáveis para a utilização segura do produto (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.); (c) 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. Por outro lado, sobre o cliente incumbe um dever geral de colaboração — *devoir de collaboration* —, que compreende: (a) a obrigação de se informar (quer junto do fornecedor, quer junto de terceiros); (b) 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). *Vide*, por ex., BELLEFONDS/HOLLANDE, *Contrats informatiques*, cit, pp. 50 ss; LAMBERTERIE, Isabelle de, *Les contrats en informatique*, Paris: Dalloz, 1983, pp. 11 ss; VIRICEL, André, *Le droit des contrats de l'informatique*, Paris: Litec, 1984, pp. 62 ss; VIVANT, Michel / LE STANC, Christian / RAPP, Lucien / GUIBAL, Michel, *Lamy droit informatique: informatique, télématique, reseaux* (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992, ns° 72 ss, esp. ns. ° 392 ss.

² Jorge F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 408.

³ No entanto, as partes podem acordar 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.

Esta é a orientação dominante no direito comparado, a nível doutrinal e jurisprudencial, qualificando-se o contrato como *contrat d'entreprise*¹, *Werkvertrag*² e *contratto di appalto*³. A natureza de coisa incorpórea (obra de engenho) dos programas de computador não prejudica esta solução, uma vez que, nos termos do Acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 1983, “o contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística”⁴.

Em suma, a regulamentação do contrato de criação de *individual software* deverá ser efectuada através da mobilização dos critérios gerais prescritos no Código Civil para o contrato de empreitada, na medida em que não sejam contrários às regras especiais do Código do Direito de Autor para a encomenda de obra e da lei especial de protecção dos programas de computador, que atribui a titularidade dos direitos económicos a quem encomenda o programa, salvo convenção em contrário ou fim contratual diverso.

6.3.2. Relativamente ao segundo grupo de casos, 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 — cujas cópias distribui — às específicas e particulares necessidades do cliente. Trata-se agora de *standard-software* “personalizado”, ou seja, de um programa padrão que é adaptado pelo distribuidor, no quadro da sua licença de distribuição, às necessidades específicas do cliente.

¹ Cfr. VIVANT *et al.*, *Lamy droit informatique*, cit., n.º 220; SCHAMING, *Le droit du logiciel*, cit., p. 239; HUET/MAISL, *Droit de l'informatique*, cit., p. 281, pp. 440 ss; BELLEFONDS, *Contrats informatiques*, cit., pp. 110, 115; LAMBERTERIE, *Les contrats en informatique*, cit., p. 96; VIRICEL, *Le droit des contrats de l'informatique*, cit., p. 163; POULLET, Pierre, *Contrats portant sur la fourniture de logiciels*, in *Le Droit des Contrats Informatiques (principles, applications)*, Bruxelles: Larcier, 1983, p. 341.

² Cfr., por ex., SCHNEIDER, *EDV-Rechts*, cit., p. 209, pp. 572 ss; PAGENBERG, Jochen/GEISSLER, Bernhard, *Lizenzverträge: Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software - Kommentierte Vertragsmuster nach deutschen und europäischen Recht*, 3. durch. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 1991, pp. 533, 590 ss; LEHMANN, Michael, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, in BEIER, Friedrich-Karl / GÖTTING, Horst-Peter / LEHMANN, Michael / MOUFANG, Rainer (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht* (Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag), München: Beck, 1995, pp. 548 ss; LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1825, n. 40; BRAUN, Bernd/JÖCKEL, Rainer/SCHADE, Hans, *Computer-Kaufverträge. Kritisch erläutert anhand gebräuchlicher Vertragsklauseln*, Berlin: Erich Schmidt, 1989; RUPPELT, Martin, *Die Überlassung von Computerprogrammen: Vertragstypenordnung und besondere Formen der Gewährleistung*, Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 37 ss; HOEREN, Thomas, *Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware*, München, 1989, p. 22, n. 11; MALZER, Hans Michael, *Der Softwarevertrag: Der Erwerb von Standardsoftware, Individualsoftware und Betriebssoftware, Erwerb von Hard- und Software*, Köln: Otto Schmidt, 1991, pp. 258 ss; PRES, *Gestaltungformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, cit., p. 524. Na doutrina helvética, o «Softwareherstellungsvertrag» é qualificado como um «Innominatkontrakt *sui generis*», regido, por analogia pelas regras do *Werkvertrag*; cfr. SLOGO, Doris, *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich: Schulthess, 1991, pp. 168 ss.

³ Cfr., por ex., CERINA, Paolo, *Contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazione*, DII 2(1994), pp. 422 ss; FINOCCHIARO, Giusella, *Il danno informatico*, ContImp 1(1992), pp. 1119 ss; SBISÀ, Giuseppe, *Profili generali dei contratti de utilizzazione dei computers*, p. 34, ROSSELO, Carlo, *I contratti dell'informatica. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese*, p. 107 (ou “contratto d'opera, se il fornitore è un tecnico non imprenditore”), LANZILLO, Raffaella, *I contratti di fornitura di elaboratori elettronici*, p. 54 - todos in *I contratti di utilizzazione del computer* (a cura di Guido ALPA; introd. Giuseppe SBISÀ), Milano: Giuffrè, 1984.

⁴ STJ, BMJ 1983, p. 489, com apoio em FERRER CORREIA / HENRIQUE MESQUITA, *Anotação*, ROA 45(1985), p. 157 (“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).” Em sentido contrário: ANTUNES VARELA, *Parecer*, ROA 45(1985), pp. 159 ss (recusando o conceito amplo de obra); CALVÃO da SILVA, *Anotação — Direitos de Autor, Cláusula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória*, ROA 47(1987), pp. 129 ss (contrário à qualificação como contrato de empreitada). Ver ainda, por ex., BRITO PEREIRA, ROA 1994, pp. 569 ss (favorável à qualificação como contrato de empreitada). No domínio específico do *software* a tese da empreitada é também acolhida entre nós: vide, por ex., Armindo RIBEIRO MENDES, *Contratos Informáticos*, Legis 8(1993), LOPES ROCHA, *Contratos de licença*, cit., p. 699, n. 8.

Ora, consoante a operação de adaptação (“Anpassung”) se traduza, ou em uma simples prestação de serviços, ou em uma *criação de obra nova*, assim serão diferentes as exigências concretas do caso, reclamando, nessa medida, diferente enquadramento. No direito comparado este contrato, bem como os restantes contratos relativos à prestação de prestações de serviços de assistência e manutenção (“Wartung”), têm sido qualificados, em regra, como *Werkvertrag* ou *Diensvertrag*¹, *contrat d'entreprise* ou *louage d'ouvrage*², e *contratto di appalto di servizi*³.

6.3.3. Finalmene, no terceiro grupo de casos, a *software-house* concede ao cliente uma licença de uso de uma cópia de um programa padrão “tal e qual”. Trata-se, portanto, do *standard-software* que, ao contrário do anterior grupo de casos, não é sujeito a qualquer adaptação especial, ou seja, o programa de computador cujas cópias são produzidas, distribuídas e consumidas em massa, “tal e qual”, e a que, por isso, se chama também “Massenware”⁴.

A qualificação destas licenças de utilização tem sido muito discutida, oscilando as opiniões entre os que entendem que se trata de contratos de compra e venda e os que defendem que se trata de contratos de locação, para além dos que sustentam que se trata de figuras atípicas *sui generis*.

Com efeito, no horizonte jurídico latino, estas licenças são consideradas, pela maioria dos autores franceses, como uma mera “concession de droit d'usage”, pelo que o “contrat de licence d'utilisation de logiciel” seria qualificado como *louage* de bem incorpóreo, mesmo que o respectivo suporte tivesse sido objecto de um contrato de compra e venda, porquanto tal não implicaria a transmissão ou *cession* de direitos de autor sobre o programa⁵. Assim, nomeadamente, num contrato de *prologiciel* *tear-me-open* dever-se-ia distinguir, por 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 do *paquet* celebrado entre o distribuidor e o utilizador (compra e venda). Não obstante, alguns autores entendem que o *prologiciel* é susceptível de ser considerado como incorporado no suporte⁶, não sendo o programa mais do que uma mera qualidade da coisa corpórea que lhe serve de suporte. 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,

¹ Cfr. LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1825, n. 40; SCHNEIDER, *EDV-Rechts*, cit., p. 206, pp. 629 ss; SCHMIDT, Joachim, *Probleme der Rechtsnaturbestimmung moderner Vertragstypen*, CR 9(1994), p. 518; BRAUN/HÖCKEL, *Computer-Kaufverträge*, cit., p. 126; MEHRINGS, Josef, *Computersoftware und Gewährleistungsrecht*, NJW 31(1986), p. 1907; HOEREN, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, cit., p. 22, n. 11; MALZER, *Der Softwarevertrag*, cit., pp. 258 ss.

² Cfr. VIVANT *et al.*, *Lamy droit informatique*, cit., n° 222; BELLEFONDS, *Contrats informatiques*, cit., p. 109; POULLET, Pierre, *Contrats portant sur la fourniture de logiciels*, in *Le Droit des Contrats Informatiques (principles, applications)*, Bruxelles: Larcier, 1983, p. 341; LAMBERTERIE, *Les contrats en informatique*, cit., p. 96; VIRICEL, *Le droit des contrats en informatique*, cit., p. 162, n. 592, p. 163; LOPHEM, Emmanuel de/CRUYSMANS, Olivier, *Les clauses particulières au contrat de maintenance*, in *Le Droit des Contrats Informatiques*, cit., p. 389.

³ Cfr. ALPA, Guido, *Il diritto dei computers*, in *I contratti di utilizzazione del computer* (a cura di Guido Alpa; introd. Giuseppe Sbisà), Milano: Giuffrè, 1984, LANZILLO, *I contratti di fornitura di elaboratori elettronici*, cit., p. 39; FINOCCHIARO, *Il danno informatico*, cit., p. 117, n. 54.

⁴ HOEREN, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, cit., p. 15.

⁵ Cfr. VIVANT *et al.*, *Lamy droit informatique*, cit., n° 214; SCHAMMING, *Le droit du logiciel*, cit., pp. 202, 233 ss; HUET/MAISL, *Droit de l'informatique*, cit., pp. 444; VIRICEL, *Le droit des contrats en informatique*, cit., p. 118, n. 405. 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. VIVANT *et al.*, *Lamy droit informatique*, cit., n° 216; SCHAMMING, *Le droit du logiciel*, cit., pp. 236 ss; VIRICEL, *Le droit des contrats en informatique*, cit., p. 162, n. 592).

⁶ Cfr. POULLET, P., *Contrats portant sur la fourniture de logiciels*, cit., p. 340-1.

quer seja proprietário, quer seja locatário, o utilizador apenas poderá fazer uso do exemplar (reconduzido à coisa corpórea ou suporte material de fixação do programa, que mais não seria do que uma qualidade daquela), “dans la limite que lui assigne le monopole”¹. Por outro lado, certo entendimento, considerando que “la qualification de vente [...] est erronée et qui donne lieu en fait à la concession de droit à usage”, recusa também a assimilação do *contrat de prologiciel* à locação, propondo a sua caracterização como “*contrat sui generis*”².

Por seu turno, o contrato de “licença d'uso de software” é caracterizado pela maioria dos autores italianos como “concessione in godimento”, no quadro das “concessioni di diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno”, sendo, nessa medida, reconduzido, para efeitos de regime jurídico-civilístico, ao tipo contratual de *locazione*³. Ainda numa outra perspectiva, alguns autores não excluem, porém, a possibilidade de tratar como *vendita* a aquisição de “software standard”⁴, especialmente quando se trate de uma licença de utilização de duração indeterminada⁵.

Já no direito alemão, o BGH considerou, na decisão de 4 de Novembro de 1987⁶, que a licença de utilização de um programa era susceptível de ser regida pela aplicação analógica dos critérios prescritos no BGB para a “Sachkauf”, na medida em que se verificassem, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) ter como objecto *software standard* “tal e qual”, não adaptado; (b) terem as partes acordado um preço a pagar de uma só vez; (c) tratar-se de uma “cessão “sem duração ou indeterminada”; (d) e de livre disposição⁷. 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), porquanto a *Softwareüberlassung*, nas palavras do BGH, teria também por objecto “ein Datenträger mit dem darin verköpernten Programm, also eine körperliche Sache”. Esta orientação correspondia, aliás, ao entendimento dominante⁸, embora alguns sustentassem a qualificação de tal contrato como compra e venda no sentido da aplicação directa do regime destes contratos.⁹ Na perspectiva do BGH, o contrato versava, em primeira linha, sobre o programa, isto é, sobre uma coisa incorpórea, conferindo ao utilizador apenas um direito de uso de uma sua cópia. Pelo que, em função do conceito de *Sach* (coisa corpórea) que informa o BGB, a aplicação deste não seria possível senão por via analógica. Assim, o contrato de «Softwareüberlassung» seria regulado como «Kaufähnlicher Vertrag» ou como «Mietähnlicher Vertrag» consoante se tratasse de uma

¹ GAUDRAT, Philippe, *Les contrats de fourniture de logiciel: conséquences de la loi française du 3 juillet 1985*, DIT 2(1986), p. 67.

² Cfr. BELLEFONDS, *Contrats informatiques*, cit., p. 80, p. 11.

³ Cfr. CERINA, *Contratti internazionali di informatica*, cit., pp. 413 ss; ROSSELO, *I contratti dell'informatica*, cit., p. 107-8, n. 46; LANZILLO, *I contratti di fornitura di elaboratori elettronici*, cit., p. 54; FINOCCHIARO, *Il danno informatico*, cit., p. 1118.

⁴ Cfr. SBISÀ, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, cit., pp. 32-3.

⁵ Cfr. RISTUCCIA/ZENO-ZENCOVICH, *Prime notazioni*, cit., p. 249.

⁶ BGH, NJW 1988, p. 406.

⁷ Em suma, tratar-se-ia de um “Kaufvertrag, wenn vorgefertigte Standardsoftware dem Erweber gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfügung überlassen wird”, MORITZ, Hans-Werner, *Softwarelizenzverträge*, CR 5(1993), p. 260. Desenvolvimente, MORITZ, Hans-Werner / TYBUSSECK, Barbara, *Computer Software: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. neubearb. Aufl., München: Beck, 1992.

⁸ Cfr. SCHNEIDER, *EDV-Rechts*, cit., p. 211 ss; BRAUN, *Computer-Kaufverträge*, cit., p. 125-6; LEHMANN, *Das neue deutsche Softwarerecht. Novelierungsvorschlag zum Urheberrecht*, CR 6(1992), p. 327; MALZER, *Der Softwarevertrag*, cit., pp. 34 ss; HABERSTUMPF, Helmut, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR Int 10(1992), p. 718, n. 33, p. 722; PRES, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, cit., pp. 520 ss; ZÄHRNT, Christoph, *Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht*, CR 8(1994), pp. 456 ss.

⁹ Cfr. HOEREN, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, cit., p. 22 ss.

Austauschverhältnis ou antes de uma *Dauerschulverhältnis*. De todo o modo, o BGH remodelaria posteriormente o seu critério, na decisão de 18 de Outubro de 1989, eliminando o requisito “zu freier Vergütung”¹, entendendo-se, ainda, que nos casos de licenças temporárias de utilização a delimitação do âmbito da autorização dever-se-ia orientar, em primeira linha, pelo *Participationsinteresse* do titular dos direitos, no sentido da licitude das cláusulas que proibam acções susceptíveis de afectarem as suas possibilidades de exploração (por ex., cláusulas CPU, *floating*, *field of use*, etc.)².

Da nossa parte, parece-nos que o ponto de partida para a elaboração de um modelo de qualificação que permita resolver o problema deverá assentar no princípio segundo o qual é “la volonté des parties qui détermine la 'nature juridique' au quel le juge donnera une qualification nommée uniquement s'il réunit les éléments essentiels d'un contrat nommé.... On ne peut méconnaître la liberté des parties de conclure un contrat avec objet mixte, complexe ou *sui generis*”³. Assim, não se deverá prejudicar a qualificação jurídica desta constelação de licenças a um qualquer tipo contratual, seja ele puro, misto, *sui generis* ou híbrido. Pelo contrário, oferece-se como razoável pressupor como matriz contratual a figura “neutra” da licença⁴, arrancando do princípio fundamental da liberdade contratual das partes na celebração e estipulação do conteúdo de contratos.

Ora, desde logo, a constelação de licenças que agora tratamos versa, em primeiro plano, não sobre a fruição mercantil do programa, como vimos suceder relativamente às duas primeiras, mas antes sobre a utilização final de cópias suas. Isto significa que os fins de utilização que agora são convocados respeitam, não à participação no monopólio de exploração económico-mercantil do programa que ao respectivo titular dos direitos se encontra reservado em exclusivo, mas antes à utilização final de cópias suas. Depois, convocando um princípio fundamental dos direitos de autor, “o direito de autor sobre uma obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação” e “o fabricante e o adquirente dos suportes referidos no número anterior não gozam de quaisquer poderes compreendidos no direito de autor” (art. 10.º, 1 e 2, do Código do Direito de Autor)

Todavia, o programa não é uma mera qualidade do seu exemplar, isto é, da coisa corpórea ou suporte material em que uma sua cópia seja fixada. Por isso é inaceitável sustentar a incorporação da cópia do programa no suporte, para efeitos de determinação da natureza jurídica do contrato que a tenha por objecto. Nomeadamente, não decorre necessariamente da compra e venda dos exemplares (entendidos enquanto suportes materiais: *körperlichen Werkstücken*) que o seu adquirente possa licitamente utilizar a cópia do programa naquele fixada. De resto, pode suceder que a licença de utilização de uma cópia de um programa não seja acompanhada de uma coisa corpórea que lhe sirva de suporte material, de um exemplar: “Die Lieferung eines Datenträgers ist zwar nicht essentiell und nicht einmal nötig”⁵. Pense-se, nomeadamente, nos casos de aquisição mediante transferência

¹ Cfr., por ex., MORITZ, *Überlassung von Programmkopien — Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?*, CR 5(1994), p. 26.

² Cfr. LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1825; PRES, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, cit., p. 524.

³ BERGMANS, B., *Réflexions méthodologiques sur la nature juridique des 'contrats informatiques et télématiques'*, 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).

⁴ Neste sentido, PRES, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, cit., p. 522.

⁵ ZÄHRNT, *Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht*, cit., p. 457.

electrónica¹. Na verdade, os programas de computador são bens imateriais ou coisas incorpóreas², e não deixam de o ser pelo facto de se encontrarem incorporados num suporte material³. Este é apenas um instrumento fungível e dispensável da circulação daquele, oferecendo-se, nessa medida, como “del tutto ininfluyente nell'economia dei rapporti contrattuali”⁴. 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 beabsichtigt. Der Schwerpunkt des Leistungsaustausches liegt auf dem materiellen Inhalt, dem Computerprogramm”⁵.

Assim, a qualificação jurídica destes contratos não deveria variar em função da natureza jurídica da coisa sobre a qual versa esta constelação de licença, uma vez que essa natureza é sempre e invariavelmente a mesma, seja a cópia transaccionada com ou sem um exemplar corpóreo. Parece-nos que o critério radica antes no *how*, no modo como pode a cópia ser usada pelo beneficiário da licença, pressupondo que o *what* é uma cópia do programa.

Neste sentido, o contrato de licença pelo qual o titular dos direitos concede a um utilizador final o direito de fazer uso de uma cópia do programa não é forçosamente reconduzido, *ne varietur*, em termos gerais, à locação, pois que não se exclui que se possa tratar de um contrato de comodato quando o seu uso seja concedido gratuitamente (arts. 1022.º e 1129.º do Código Civil). Depois, também ao contrato de locação esta constelação de licenças não poderá ser assimilada quando o uso da cópia tiver sido concedido, não por período temporário, mas a *título definitivo*.⁶ Nestes casos, o contrato de licença qualificar-se-á como compra e venda⁷ ou até como doação, consoante seja oneroso ou gratuito.⁸ Note-se, porém, que não se trata de uma transmissão ou cessão de direitos *sobre o programa*, nem está em causa a constituição de um direito real de gozo sobre o programa a favor do utilizador.⁹

¹ Cfr. CERINA, *Contratti internazionali di informatica*, cit., p. 417-8 (“il supporto materiale nei contratti aventi ad oggetto il *software* è irrilevante, 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*”).

² Cfr., v.g., HABERSTUMPF, Helmut, *Holzhandelsprogramm*, NJW-CoR 3(1994), pp. 164 (comentando a decisão nesse sentido do 1. Senat do BGH, «Holzhandelsprogramm», de 20.1.1994). Sobre a relevância jurídico-criminal deste princípio, vide HEINRICH, Bernd, *Die Entgegennahme von raubkopierter Software als Hehlerei?*, JZ 19(1994), pp. 938 ss.

³ Todavia, fazendo depender, assim, a natureza do *software* consoante a sua aquisição seja ou não acompanhada de um *Datenträger* em que se incorpore, vide HOEREN, *Softwareüberlassung*, cit., p. 133.

⁴ CERINA, *Contratti internazionali di informatica*, cit., p. 417.

⁵ PRES, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, cit., p. 520.

⁶ Segundo a directiva, por locação entende-se “a possibilidade de pôr à disposição para utilização, por um *período determinado* e com intuito lucrativo, um programa de computador *ou uma sua cópia*” (cons. 16).

⁷ Em sentido favorável à qualificação como compra e venda dos contratos pelos quais se transmite onerosamente a propriedade da cópia poder-se-á invocar também 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.ª f), CDAut (no qual a venda é prevista como uma forma de distribuição juntamente com o aluguer e o comodato), 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.

⁸ Quando a determinação do enquadramento jurídico das obrigações principais assumidas pelas partes seja duvidosa, isto é, quando não for possível definir com segurança se a licença se traduz na concessão de um simples direito de gozo da cópia ou na transferência da sua propriedade, deve entender-se, em princípio, que os fins visados pelas partes na contratação correspondem à primeira hipótese. Neste sentido, convocando a *Zweckübertragungstheorie*, HABERSTUMPF, *Das Software-Urhebervertragsrecht*, cit., p. 718.

⁹ Note-se que é no exercício do seu direito de «destinação» que o titular dos direitos define não apenas os termos da produção e da distribuição das cópias, mas também os atributos ou modos de utilização das cópias. Pelo que a aquisição de uma cópia do programa para fins de utilização decorre, não necessariamente da compra do suporte ou da entrada da cópia na sua esfera de disposição fáctica (v.g., via *modem*), mas antes da aceitação dos termos propostos da respectiva licença de utilização. Daí que o cliente possa resolver o contrato de compra e venda do exemplar que tenha celebrado

6.3.3.1. Independentemente do enquadramento jurídico a que uma particular licença venha a ser sujeita, são garantidos ao utente legítimo determinadas faculdades de utilização da cópia. Trata-se das faculdades mínimas que integram imperativamente qualquer licença de utilização do programa ou de uma sua cópia que o titular dos direitos conceda¹, a saber: (a) a faculdade de praticar as operações de carregamento e funcionamento necessárias à utilização da cópia (o número de vezes que quiser²); (b) a faculdade de correcção dos erros da cópia necessária à sua utilização³; (c) 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”; (d) a faculdade de testar, observar e estudar o funcionamento do programa (investigação que não pode ser efectuada mediante descompilação); (e) a faculdade de descompilação e utilização das informações obtidas, em conformidade com os requisitos prescritos, com vista à interoperabilidade de sistemas informáticos. Por outro lado, no que respeita aos poderes de disposição (“Verfügungsmacht”)⁴, ao adquirente de uma cópia, e apenas a ele, é reservada a faculdade de alienar (vender, doar, trocar) essa mesma cópia no espaço económico europeu, por força do esgotamento do direito de distribuição dessa cópia, resultante de ter esta sido objecto de comercialização na Comunidade, embora já não tenha a faculdade de locar essa mesma cópia uma vez que tal direito é reservado em exclusivo ao titular dos direitos de exploração económica.

Para além destes “Mindesrechte” o conteúdo da licença apurar-se-á, na ausência de cláusulas contratuais específicas, no quadro do princípio do fim contratual, consagrado na parte final do considerando 17 da directiva: “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 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”. Pense-se, nomeadamente, na sua adaptação às necessidades específicas do cliente. A concretização deste princípio dependerá, no caso concreto, de ser a licença cunhada, nomeadamente, como compra e venda ou como locação, uma vez que nos parece correcto o entendimento segundo o qual deve o titular dos direitos poder contratualmente limitar mais as faculdades de uso do utilizador no caso de a licença ser cunhada de 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*

com o distribuidor, no caso de não concordar com os termos e as condições de utilização da cópia que lhe são propostas na licença.

¹ Os chamados “Minimalrechten der legitimen Nutzer” ou “Die Mindestbefugnisse der berechtigten Nutzer von Software”, LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1823.

² Porquanto o número de vezes que o utente legítimo faz uso da cópia “fällt nicht in das Partizipationsinteresse des Schutzrechtinhabers”, LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1825.

³ Faculdade que não inclui, em princípio, as 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. Cfr. LEHMANN, *Das neue Software- Vertragsrecht*, cit., p. 1824).

⁴ Distinguindo-os claramente dos direitos de uso, *vide* HABERSTUMPF, *Das Software-Urhebervertragsrecht*, cit., p. 722.

of use, Netzwerk, etc.), desde que não viole os *Minimalnutzungsrechte* do utilizador e possam ser justificadas pelo *Participationsinteresse* do titular dos direitos¹.

¹ Cfr. HABERSTUMPF, *Das Software-Urhebervertragsrecht*, cit., p. 722; LEHMANN, *Das neue Software-Vertragsrecht*, cit., p. 1826.

DIREITOS DE AUTOR, DA IMPRENSA À INTERNET*

§ 1. Dos reais privilégios de impressão à sagrada propriedade literária

Os direitos de autor surgiram modernamente com a introdução da tecnologia dos caracteres móveis na Europa através da célebre invenção da Imprensa devida a Gutemberg no séc. XV. Porém, não se tratava então de reconhecer direitos aos autores, mas antes da outorga de privilégios reais de impressão e comercialização de livros, muitos deles oriundos dos pensadores da Antiguidade greco-romana. A imprensa era uma nova actividade económica, e com ela surgiria a moderna indústria gráfica e florescia o comércio de livros. Sendo que o exercício desta actividade económica, que se traduzia em imprimir e comercializar livros, dependia de autorização prévia do Rei, à semelhança do que se passa, actualmente, com a televisão, *mutatis mutandis*.

Dizer que os direitos de autor – ou, melhor dito, os privilégios de impressão e de comercialização de livros - são fruto do progresso tecnológico da época não significa que a história do direito de autor tenha começado com o Renascimento, se bem que a imprensa muito tenha contribuído para este marco histórico da civilização ocidental. Para além de registos vários na Antiguidade, é de referir a *Lex Fabia ex plagiariis* dos Romanos. A ela se deve ainda hoje a utilização do termo *plágio* para significar infracção aos direitos de autor. E afinal que veio dizer a *Lex Fabia ex plagiariis*? Curiosamente não tinha a ver com direitos de autor, mas antes com o problema de saber, nomeadamente, a quem pertence a cria de um animal furtado. Não obstante, não deixa de ser extremamente curioso que o princípio firmado nessa lei romana viesse a ser invocado pelo Rei Irlandês, já na Idade Média, para fundamentar a sua decisão sobre um caso de direitos de autor, em que o discípulo se tinha apoderado das lições do mestre, copiando-as. Disse então o Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”...

Claro que nesta época as cópias eram feitas manualmente pelos monges e escribas. Autênticas preciosidades, como se poderá ainda encontrar na Joanina. O livro era um bem de acesso reservado, não apenas porque poucos eram os que podiam ler mas também porque os livros se encontravam religiosamente guardados como tesouros nas bibliotecas. De algum modo, os livros eram vistos como depositários das ciências da vida e do bem e do mal, pelo que a sua frequência deveria ser restrita a quem tivesse prestado previamente todos os necessários votos. Vem-nos à memória “O Nome da Rosa”, de Umberto Eco, como ilustração do que se acaba de dizer. Recorde-se também o “Corcunda de Notre-Dame”.

Esta referência permite compreender, por outro lado, que a imprensa carregava no seu ventre algo mais do que uma actividade comercial. É legítimo dizer que a imprensa terá sido um factor chave na cisão eclesiástica que se operou com a publicação em alemão da Bíblia. É ainda legítimo afirmar que o Iluminismo não teria sido possível sem a imprensa. Finalmente, dificilmente o ideário revolucionário demoliberal teria tido o impacto que teve sem a imprensa. O mesmo se diga em relação a muito do sangue com que se escreve as páginas da história moderna. Pois que a imprensa potenciou a liberdade de expressão, tornando possível a veiculação de informação e a comunicação entre ausentes.

Com as revoluções liberais, a imprensa e o comércio em geral tornaram-se actividades livres, isto é, não dependentes de autorização do Estado. E é então que surge o direito de autor propriamente dito.

* www.ciberscopio.net (2003).

Pioneiro foi o Estatuto de 1710 da Rainha Ana de Inglaterra, editado “para o encorajamento da ciência e garantia da propriedade dos livros impressos”. A justificação da protecção das obras seria a propriedade literária do autor como fruto do seu trabalho criador na construção do pensamento de Locke.

Esta concepção anglo-saxónica do *copyright* como *property right* seria retomada no preâmbulo da lei sobre o *copyright* do Estado de Massachussets de 1783. Escrevia-se, então, que “não há propriedade mais particular, mais legítima do homem do que aquela que é produzida pelo trabalho do seu intelecto”. Dois anos passados sobre a Revolução Francesa (1789), e a consequente abolição dos privilégios, incluindo o “privilégio de imprimir e vender as obras”, deve-se a Le Chapelier, em 1791, a referência à protecção da criação do espírito como: “La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je peux parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain”; concepção esta que informaria nesse país as chamadas leis revolucionárias de 1791 e de 1793.

Entre nós, Almeida Garrett, já em oitocentos, referia-se à propriedade literária como “a mais indefesa, porém... a mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades, a que se cria pela inteligência, e pelo espírito imortal do homem”; a ele se devendo a introdução, entre nós, da propriedade literária e artística, de que fez Tratado o Visconde de Carnaxide (1918).

Desde então, a evolução das leis sobre direitos de autor tem sido um processo de adaptação aos novos desafios da tecnologia, sendo de destacar que a importância desta matéria levou à adopção de diversos instrumentos de direito internacional, de que é expressão maior a Convenção de Berna, bem como de sete directivas de harmonização no direito comunitário.

§ 2. Noções básicas de direitos de autor

Em ordem a clarificar algumas noções sobre a problemática dos direitos de autor, da imprensa à internet, exporemos, em traços largos, as principais notas deste ramo do direito. Em síntese, o direito de autor é uma forma de propriedade intelectual destinada a proteger, em exclusividade, obras literárias e artísticas geradas por pessoas humanas no exercício da liberdade de criação cultural.

Primeiro, o direito de autor protege formas originais de expressão literária ou artística, qualquer que seja o seu mérito ou finalidade. Não carece de registo, depósito ou quaisquer outras formalidades, constituindo-se pelo simples facto da criação da obra.

Segundo, o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, isto é, em nosso entender, à pessoa humana que realizou o esforço de criação. Poderá tratar-se de obra em co-autoria, no caso de a mesma forma original de expressão ser devida a duas ou mais pessoas (por ex., livro em co-autoria). Mas poderá ser também uma conexão de obras, quando duas ou mais formas de expressão criativa se combinam (por ex., a música e a letra da canção). Ainda uma terceira possibilidade é a obra compósita, em que a obra pré-existente de terceiro é objecto de incorporação (por ex., enciclopédia em CD-ROM com roteiro artístico-cultural de Coimbra utilizando fotografias pré-existentes de terceiros). Além disso, o direito de autor pertence originariamente ao criador intelectual, embora possa ser legal ou contratualmente cedido a outrem. Ou seja, autor e titular de direitos são dois conceitos sistematicamente distintos.

Terceiro, o direito de autor tem um conteúdo misto, pessoal e patrimonial. O primeiro é indisponível e irrenunciável e destina-se a proteger a honra e reputação do autor enquanto criador literário ou artístico. Nessa medida, confere-lhe, *inter alia*, o direito de reivindicar a paternidade e o direito de se opor a actos de deturpação, modificação ou destruição da obra. O direito *patrimonial* é

disponível, abrangendo o exclusivo de todas as formas possíveis, actuais ou futuras, de utilização da obra. Cada utilização da obra é independente das demais e o direito de exclusivo projecta-se na conformação de cada utilização concreta. O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos regula diversos tipos de utilização da obra, nomeadamente, a edição, a representação cénica e a recitação, a produção audiovisual e fonográfica, a radiodifusão.¹

Quarto, o direito de autor tem limites. A sua conciliação com outros valores do sistema limita-o em vários aspectos. Por um lado, a questão da privacidade do utilizador. Por outro, fins de interesse social. É a chamada utilização livre para fins de informação, educação, crítica, investigação, arquivo, bibliotecas, centros de documentação, etc. Estes fins justificam que outros que não o titular do direito exclusivo possam praticar determinados actos de utilização da obra. São fins de interesse geral, como a promoção da ciência e da educação, da circulação da informação, da preservação da memória histórica nos arquivos, etc. Além disso, o direito de autor tem limites temporais e territoriais. O alcance destes últimos tende a reduzir-se em virtude das Convenções Internacionais². Os primeiros são actualmente regidos pelo princípio dos 70 anos *post mortem auctoris*.

Para terminar, o direito de autor *proprio sensu* distingue-se dos chamados direitos conexos. Trata-se de formas de protecção configuradas em termos semelhantes, à excepção da dimensão pessoal que vale só para os artistas intérpretes ou executantes. Os outros titulares de direitos conexos, como, por exemplo, os produtores de fonogramas e de filmes e os organismos de radiodifusão, beneficiam de protecção especial, em termos de lhes ser atribuído um exclusivo de exploração económica em relação às suas prestações empresariais (por ex., fixação de fonograma).

§ 3. O desafio da Internet aos direitos de autor

3.1. A Internet é um novo e poderoso meio de comunicação. Este novo modo de “vida-com-os-outros” é a infra-estrutura comunicacional da Sociedade da Informação, no seio da qual se assiste ao desenvolvimento exponencial da economia digital do comércio electrónico. A novidade da Internet está tanto no modo de transmissão de mensagens como nas próprias mensagens em si. Com efeito, por um lado, a Internet permite reunir num só meio diferentes meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão, etc.). Por outro lado, em formato digital, as mensagens veiculadas pelas internet podem revestir natureza multimedia (texto/som/imagem). Contudo, a nota mais impressionante deste novo meio de comunicação é, para além da convergência multimedia, a interactividade com o destinatário, o qual pode conformar os conteúdos informativos que utiliza. Sendo que o novo “paradigma” tecnológico instituído pelos computadores digitais, numa palavra, pela informática, é o elemento dominante: não apenas integra os meios tradicionais mas também altera-lhes a natureza, imprimindo-lhes um carácter novo.

¹ Porém, os modos típicos de utilização das obras na Internet não estão expressamente contemplados nos regimes típicos de utilização. A utilização das obras na Internet poderá atingir quatro categorias distintas do direito exclusivo de utilização: a reprodução, a comunicação ao público, a distribuição e a transformação. O critério delimitador do exclusivo do autor era tradicionalmente a destinação pública do acto. Assim, a reprodução, a comunicação, a transformação ou a distribuição, quando feitas exclusivamente na esfera privada e sem contrapartidas lucrativas, eram actos excluídos do direito de autor. O gozo que se proporcionasse das obras nessas circunstâncias escaparia ao controlo do exclusivo. Por outras palavras, o direito de autor não franquearia as portas privadas da intimidade pessoal. Mas, estas noções clássicas estão em mutação por causa do ambiente digital em rede interactiva que constitui o paradigma tecnológico da Internet.

² Veja-se, em especial, os mínimos de protecção e o princípio do tratamento nacional consagrados na magna carta do direito de autor, a Convenção de Berna.

3.2. O actual Código do Direito de Autor¹ não foi feito para regular este novo meio de comunicação. Apesar de ser relativamente recente — data de 1985 —, o Código do Direito de Autor não abrange na sua regulamentação típica os problemas suscitados pela informática e, especialmente, pela Internet. Isto não é, aliás, de estranhar. No direito comparado, as experiências mais influentes só recentemente começaram a adaptar-se aos novos problemas da técnica, *maxime* por imposição vertical de Tratados Internacionais² e/ou, como é o caso na União Europeia, por força das directivas comunitárias.

Claro que os problemas que a Internet generalizou não nasceram ontem. E, por isso, algumas leis, no direito comparado, contemplavam já soluções para este novo meio de comunicação. Assim é de referir, nomeadamente, que na década de oitenta a legislação de países como a França (85) e a Espanha (87) incluíam já a transmissão electrónica em redes informáticas de obras protegidas pelo direito de autor na família do direito de comunicação ao público. Além disso, a nova legislação do Reino Unido (88) previa já, em termos generalizados, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção, quer no que respeita aos dispositivos anti-cópia, quer no que toca aos dispositivos de encriptação de mensagens rádio-difundidas por satélite e retransmitidas por cabo³.

Neste sentido, a evolução do direito de autor estará em continuidade com soluções já anteriormente consagradas. Haverá, todavia, a registar uma diferente abordagem no que respeita à experiência germânica. Neste país muito do que agora faz parte do chamado “direito de autor tecnológico” era antes considerado como concorrência desleal. Assim se passava no que respeita à protecção de bases de dados electrónicas e à tutela dos sistemas técnicos de protecção anti-cópia e anti-recepção de programas codificados. O que para o direito inglês era “copyright” para os alemães não passava de um problema de concorrência desleal, que não de direitos privativos. Não obstante, os interesses em conflito não se compadeciam com a indefinição de cláusulas gerais (“bons costumes”), de concretização variável pela jurisprudência. A indústria da comunicação e da informação reclamava normas legais de protecção que atribuíssem esferas de exclusivo relativamente aos seus produtos e serviços.⁴ Em suma, que se clarificasse que a utilização de obras e prestações nas redes informáticas não era livre e que se alargasse o âmbito de protecção relativamente a actos que tradicionalmente não seriam abrangidos pelo direito de autor.

3.3. Na União Europeia, foram adoptadas diversas medidas de harmonização, na sequência de um programa de acção traçado no famoso Livro Verde de 1988 sobre direitos de autor e os desafios da tecnologia⁵. Descobre-se então que o direito de autor tem um dimensão mercantil fundamental e que, portanto, é necessário harmonizar comunitariamente este instituto, a bem do mercado interno.

¹ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro.

² Veja-se, especialmente, nos EUA, a *Digital Millennium Copyright Act*, de finais de 1998.

³ *UK Copyright, Designs and Patents Act*, CDPA 1988.

⁴ No direito comunitário, para além de ter sido concedida protecção aos investimentos dos produtores de bases de dados (a propósito do direito de autor), foram também já objecto de tutela os chamados serviços de acesso condicional mediante a adopção da 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, transposta pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro.

⁵ Os direitos de autor e os desafios da tecnologia, Livro Verde da Comissão [COM(88) 172].

E, justamente, a bem do mercado interno, os programas de computador foram postos de igual com as obras literárias¹, como por exemplo a Mensagem de Fernando Pessoa; a bem do mercado interno, os direitos conexos foram virtualmente harmonizados², atribuiu-se o exclusivo da retransmissão por cabo às entidades de gestão colectiva³, o prazo de duração subiu para os 70 anos *post mortem auctoris*⁴, e, entre outras medidas, criou-se um novo direito de protecção das empresas de informação: o direito *sui generis* do produtor de bases de dados⁵. Além do mais, a Comunidade seria um dos protagonistas principais na Conferência Diplomática da Organização Mundial da Propriedade Intelectual que levou à adopção dos novos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁶, acabando com o chamado “woodstock electrónico”. Seguiu-lhes uma directiva destinada a implementar estes Tratados no direito comunitário e, por via disso, na ordem jurídica dos diversos Estados-membros.⁷

No meio de toda esta produção legislativa, o direito de autor sai, necessariamente, reforçado, se bem que, ao mesmo tempo, de algum modo adulterado nos seus princípios. Primeiro, só por interpretação *a contrario* se encontram referências aos direitos morais dos autores, que serão de respeitar ao menos nos termos da Convenção de Berna. Há uma década a esta parte que os EUA aderiram à Convenção de Berna (89), e depois os europeus esclareceram que os programas de computador seriam obras literárias no sentido desta Convenção (91). Porém, nem os US modificaram o seu conceito de “Copyright” em favor do modelo que subjaz à Convenção de Berna segundo o Acto de Paris de 1971, nem os programas de computador passaram a ser, por causa disso, obras literárias⁸. Claro que a Convenção saiu reforçada no panorama internacional, mormente com o ADPIC (94)⁹. Porém, nada neste Tratado impõe o respeito pelos direitos morais dos autores, havendo portanto um longo caminho a percorrer no sentido da aproximação do “*copyright*” estadunidense ao “*droit d’auteur*” europeu.

Segundo, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação aplicar-se-á, na Europa, não apenas aos direitos de autor e aos direitos conexos tradicionais, mas também ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados. Isso significa que a protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos já nada terá a ver com o direito de autor, pois que poderá uma tal base nem ser protegida pelo direito de autor nem conter obras por ele protegidas. Trata-se de um puro direito de protecção de conteúdos informativos, destinado a tutelar investimentos de produção contra actos de

¹ Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

² Directiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual.

³ Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

⁴ Directiva 93/98/CEE do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos.

⁵ Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. Semelhante proposta não passaria na Conferência Diplomática da OMPI de Dezembro de 1996, em Genebra.

⁶ Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Prestações e Fonogramas (Genebra, Dezembro de 1996).

⁷ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

⁸ Em atenção à natureza híbrida dos programas de computador o nosso legislador, perante a obrigação de transpor a directiva comunitária, concedeu-lhes apenas natureza análoga às obras literárias (Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro).

⁹ Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (APDIC 1994, OMC).

concorrência parasitária e, mesmo, actos de utilizadores finais que afectem o investimento (por ex., tendo acesso à base sem pagar o respectivo título de acesso). E com isto o domínio público parece ser eclipsado.

Tanto mais que, em terceiro lugar, para além dos alargados prazos de protecção, caminha-se no sentido de listas taxativas e opcionais de “excepções” ao direito de autor. Isto é, ao contrário do que previam as Declarações Acordadas dos Tratados OMPI, o direito comunitário, a bem do mercado interno e agora da construção da Sociedade da Informação, limita a um quadro taxativo (*numerus clausus*) e opcional as formas de utilização que não carecem de autorização do titular do direito (ou dos seus representantes) — que aliás, poderá ser outrem que não o autor em sentido próprio. Acresce que tais utilizações, para além de só poderem visar fins bem definidos, estão condicionadas à prestação de uma remuneração equitativa destinada a compensar os interesses dos titulares dos direitos.

Quarto, a questão da privacidade é hoje crucial, no que respeita aos diferentes contornos do direito de autor. Com efeito, tradicionalmente o direito de autor não justifica a violação da esfera privada familiar ou doméstica. Porém, a proibição geral de actos de contornamento de dispositivos que impedem o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços¹.

Há, por assim dizer, um “panóptico ciberespacial” ou “Big-Brother electrónico” que controlará virtualmente todos aqueles que queiram ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença. Temos, deste modo, que, em nome dos direitos de autor, se poderá pretender invadir a esfera privada dos cibernautas, tratando cada computador pessoal ligado à rede como um potencial servidor, fazendo lei da máxima “quem está em linha está em público” e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital². Com isso, querer-se-á justificar a licitude de os detectives

¹ Neste sentido, veja-se o Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro. Sobre a protecção da privacidade, veja-se especialmente 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 n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997), que complementa a lei da protecção de dados pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, em transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva n.º 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados).

² Ente nós, a liberdade da cópia privada está prevista no art. 81.º-b, do Código do Direito de Autor, se bem que com reservas, uma vez que a reprodução para uso privado só é admitida na medida em que “não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos legítimos interesses do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização”. Assim, dois dos três passos da regra da Convenção de Berna (art. 9, 2) foram deixados ao decisor, não se entendendo que o uso privado, só por si, satisfaz os três passos da regra. Nesta matéria, o jogo da Directiva 2001/29/CE é curioso. Permite a reprodução electrónica ou digital “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais” (e se forem fins profissionais, embora não comerciais?), na medida em que “os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico” (art. 5.º-b), acrescentando-se que tal excepção só será permitida “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5). Mas, não é a reprodução para uso privado já um “caso especial”? E, só por si, não satisfaz este caso especial, nas condições referidas, a regra dos três da Convenção de Berna? Finalmente, permite ainda o instrumento comunitário que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada possam dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. — art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, “a menos (note-se!) que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições” (art. 6.º, 4. par. 3). Enfim, de tudo isto parece

electrónicos da cyberpol se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas. A nosso ver, tal invasão da privacidade em nome dos direitos de autor seria manifestamente excessiva e desajustada. Os direitos de autor não deveriam franquear as portas da esfera pessoal, do “meio familiar”, pois não nos parece que os interesses dos seus titulares justifiquem tais opções de política legislativa, tendo em conta os valores que se encontram no outro prato da balança. De resto, tendo em conta as opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas, os interesses dos titulares de direitos seriam convenientemente satisfeitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação (art. 5.º, 2-a).

Note-se ainda, no que respeita ao problema da cópia privada no ambiente digital, em especial no que toca à questão de saber se o direito de autor poderá justificar a revista por agentes electrónicos ao computador pessoal de cada um em busca de cópias ilícitas, que o regime da compensação por reprodução prevista no art. 82.º do CDADC¹ exclui do seu âmbito da aplicação os programas de computador e as bases de dados constituídas por meios informáticos, bem como os equipamentos de fixação e reprodução digitais e correspondentes suportes. Isto poderá querer significar que a cópia privada em suporte informático não é permitida entre nós, por isso não se justificando aquela compensação, mas já se dando apoio aos agentes que patrulham a rede, incluindo cada computador pessoal a ela ligado, em busca de cópias ilícitas. Trata-se de uma situação que deverá ser revista a curto prazo. Com efeito, se em relação aos programas de computador e às bases de dados electrónicas a cópia privada não é admitida (não se justificando portanto tal compensação), já no que respeita às restantes obras e prestações a directiva permite a cópia privada, justificando portanto tal compensação (art. 5, 2-b). Mesmo que o titular de direitos utilize sistemas anti-cópia, a directiva permite aos Estados-Membros a adopção de medidas que tornem possível a sua realização lícita, justificando-se também aqui a compensação pela cópia (art. 6, 4, 2. para). Isto significa, pela negativa, que o direito de autor não justificará a devassa da privacidade dos utilizadores de obras para saber se são detentores de cópias privadas ilícitas. De resto, em princípio, a questão não deverá ser muito diferente no que respeita aos programas de computador e às bases de dados electrónicas²,

resultar que o legislador comunitário se dá bem com a erradicação da liberdade de cópia privada no ambiente digital, como já o fizera para os programas de computador e as bases de dados, permitindo aos titulares de direitos substituírem-se aos Estados-Membros na delimitação desse espaço de liberdade, que se antecipa muito escasso (ou talvez o quanto baste para justificar a compensação devida pela reprodução – art. 82.º do Código). Onde essa liberdade parece ser, de todo, excluída é no domínio do *pay-per-view* interactivo, uma vez que o estrito regime da liberdade de cópia privada digital “não se aplica a obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido” (art. 6.º, 4, par. 4). Afinal, talvez este regime seja capaz de satisfazer as exigências do comércio mundial protegidas ao abrigo do Acordo ADPIC...

¹ Cfr. art. 1.º, 2, da Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro.

² Não obstante, isto significa que a licitude da acção directa nestes casos poder-se-á revelar problemática. É verdade que a moldura penal abstracta do crime de reprodução ilegítima de programa protegido (art. 9.º da Lei da Criminalidade Informática, Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto) é superior à dos crimes contra a reserva da vida privada previstos no Código Penal. Pelo que, avaliando-se os interesses por aquela medida, a acção directa não seria por isso ilícita, uma vez que o agente visaria realizar ou assegurar interesses superiores aos sacrificados (art. 336.º do Código Civil). De todo o modo, é questionável que a moldura penal abstracta seja medida bastante para ajuizar da superioridade ou inferioridade de um interesse em relação a outro, embora não deixe de ser *um* critério, ainda que meramente “indiciário”. Por outro lado, parece claro que os interesses da personalidade, como a reserva da vida privada, deverão prevalecer sobre os interesses patrimoniais. Finalmente, a tutela penal dos programas de computador suscita várias questões, que põem em

em especial no que toca aos programas de computador uma vez que a lei permite expressamente ao utilizador legítimo a realização de uma cópia de segurança.¹

3.4. Assim, a propósito do direito de autor, assiste-se à criação de um direito marcadamente económico e de feições tecnológicas, que se traduz numa admirável “propriedade tecnodigital”². Mas, neste processo, o autor literário e artístico já não é a personagem central ou o protagonista principal deste enredo normativo. É antes cada vez mais um mero figurante, ademais fungível em vista dos desenvolvimentos da inteligência artificial.

O moderno direito de autor não tem como centro de gravidade o autor como pessoa física criadora no exercício da sua liberdade de criação intelectual, mas antes as empresas que operam nos mercados da comunicação e da informação. De direito da criação literária e artística o direito de autor transforma-se num direito de regulação dos mercados dos bens culturais, que tendem a ser considerados bens de consumo como os demais. A Internet carrega no seu ventre a viragem do direito de autor para o acto económico do consumo. O autor não passa de sujeito, aliás fungível, na produção dos conteúdos informativos, que as empresas exploram pela distribuição junto de outras empresas e do próprio consumidor final.

§ 4. Uma perspectiva dos direitos de autor na Internet

4.1. A discussão em torno do problema do papel dos direitos de autor na sociedade da informação animou intensamente diversos *fora* um pouco por toda a parte durante a segunda metade da passada década de noventa. Com efeito, no direito comparado, em especial nos EUA, bem como no espaço europeu, o debate esteve e continua bastante animado, em virtude da importância que se antecipa para os direitos de autor no futuro da sociedade da informação.

A nível internacional foram adoptados em Dezembro de 1996 os novos Tratados da OMPI sobre direito de autor e certos direitos conexos, em ordem a actualizar a Convenção de Berna às exigências da chamada “agenda digital”. Posteriormente, os EUA aprovaram a Lei Milénio Digital sobre Direitos de Autor (Outubro de 1998) e, na UE, seria adoptada a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa a harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

Todavia, estes instrumentos legais parecem, em larga medida, a tratar os direitos de autor apenas como mera mercadoria de comércio, na linha, aliás, dos respectivos documentos oficiais preparatórios e do *Diktat* mercantilista do Acordo TRIPs/ADPIC (1994). Esta orientação parece informar também a Convenção relativa ao Cibercrime, adoptada pelo Conselho da Europa em 23 de Novembro de 2001, em Budapeste (*vide* Art. 10 relativo às ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais).³

causa a sua vigência, além de que a fundamentação ética da punição criminal nos direitos de autor é também ela problemática.

¹ Talvez, afinal, a lei de protecção do *software* possa servir de exemplo no que toca à regulamentação dos direitos dos utilizadores de obras em suporte electrónico (textos, músicas, imagens, jogos, etc.).

² Veja-se a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *Studia Iuridica*, 55, Coimbra Editora, 2001.

³ Por outro lado, a adequação das políticas nacionais e internacionais dos direitos de autor na prossecução de objectivos da sociedade da informação deveria começar por saber o que é a sociedade da informação. Ora, qual é a concepção de sociedade da informação subjacente, nomeadamente, à directiva comunitária? No direito comparado não há uniformidade

Não nos juntamos ao *requiem* pelo direito de autor, isto é, recusamos a visão da sua “morte anunciada” no ambiente digital. Mas, de igual modo, também não defendemos uma visão maximalista dos direitos de autor na SI. Parece-nos que a perspectiva correcta assenta na defesa de um papel promocional dos direitos de autor na sociedade da informação, que todavia não os remeta a uma dimensão puramente instrumental da política de informação. De entre os diversos aspectos que o direito de autor deverá promover, enquanto pilar jurídico fundamental da construção da sociedade da informação, destacaremos sumariamente os seguintes:

1.º Promover a *autoria*, protegendo a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. O direito de autor deverá continuar a assentar neste valor, que se encontra, de resto, consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, projectando-se numa compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio;

2.º Promover a *ciência*, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. Os direitos de autor comportam tradicionalmente excepções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas excepções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Finalmente, os direitos de autor consagram excepções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.

Ora, entre outros aspectos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor jogam um papel de extrema importância ao nível da formação de uma opinião pública crítica, a qual, des resto, é indispensável à existência de um genuíno diálogo democrático. A este respeito é de registar que a directiva comunitária, embora permita aos Estados-membros a adopção (e/ou a manutenção) deste tipo de excepções, também lhes permite, ao mesmo tempo, que não consagrem a licitude de actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção das obras para os fins visados por essas excepções – além de que estende o regime de protecção destes sistemas ao direito especial do fabricante de bases de dados instituído pelo Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, que em larga medida poderá “eclipsar” esses fins sociais do direito de autor.

3.º Promover a *liberdade de navegação* na Internet, através da promoção da licitude dos actos de reprodução meramente técnica e dos actos de descompilação, por um lado, e da regulamentação dos contratos e das protecções tecnológicas, por outro.

de entendimentos, antes se registando diferentes visões da sociedade da informação, pelo menos ao nível dos documentos oficiais. De resto, pretender definir a SI pela nota do determinismo tecnológico do mito de Gutenberg não é uma perspectiva unânime ao nível da compreensão da sociedade da informação. Será por isso a sociedade da informação apenas mais um “lema” ou “slogan” político, que no fundo serve meramente para legitimar novas áreas de intervenção do legislador comunitário, afirmando aí a sua competência, senão mesmo a sua soberania? Depois, deverá o direito de autor ser considerado como um simples instrumento normativo da política de informação? Isto é, será o direito de autor uma parte de um todo maior, que é a política de informação?

Para começar, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos actos de reprodução temporária. A directiva sobre comércio electrónico¹ determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses actos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os actos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais actos. A Directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que, nessas condições, também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os actos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes.²

Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes. Neste sentido é de notar a Lei Milénio Digital dos EUA que veio consagrar expressamente, em forma de lei, o *case law* elaborado pela jurisprudência deste país com base no princípio de *fair use*. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada no projecto de directiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador.

Depois, a regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte electrónico e da protecção dos sistemas técnicos de protecção e identificação torna-se indispensável de modo a impedir-se que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”, legitimando a chamada “electrificação da rede”. Pense-se na importância de decidir quais as excepções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados) que deverão justificar a licitude de actos de neutralização (e de actividades acessórias) de medidas tecnológicas de protecção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de protecção for proibida por lei, então de nada valerão as excepções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas excepções para o ensino à distância e para os arquivos electrónicos.

4.2. Em face do direito comunitário, não apenas a autoria, mas também o livre fluxo de informação e a liberdade de navegação parecem bastante comprometidas, uma vez que o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a protecção jurídica do arsenal tecnológico da

¹ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais do serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

² o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal ou a tutela dos serviços de acesso condicional.

criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam excepções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da protecção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação¹. Pelo que essa lógica mercantilista parece sobrepor-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.

Ora, uma política legislativa que não atenda ao valor cultural dos direitos de autor acabará por, em nome da protecção destes direitos, remetê-los para o estatuto de meros custos de produção senão mesmo de simples direitos conexos a algo novo que é o direito da informação (e das tecnologias), de rosto muito pouco humano. Oxalá, porém, que em nome do direito de autor o acesso aos livros e a outros bens culturais protegidos por estes direitos não seja "envenenado" como na famosa obra *O Nome da Rosa*, de Humberto Eco.

Finalmente, isto não significa da nossa parte uma compreensão dos direitos de autor como mero instrumento da política de informação na construção da sociedade da informação. Tal como dissemos no princípio, recusamos a pura instrumentalização do direito de autor à política da informação, bem como a diluição do direito de autor num genérico direito da informação. Com efeito, temos sustentado que se deveria perguntar não apenas qual é o papel do direito de autor na sociedade da informação mas também qual é o papel do autor numa tal sociedade. E neste passo não deixa de ser estranho que o legislador comunitário insista em harmonizar os direitos patrimoniais de autor apenas na óptica do mercado, deixando ao intérprete a difícil tarefa da determinação do valor do seu silêncio em termos de direitos morais dos autores – direitos esses que são a primigénia expressão da protecção da sua criatividade ao nível de formas originais de expressão literária e artística.

4.4. De todo o modo, o legislador não é, a nosso ver, o arquitecto principal da sociedade da informação, nem deverá cair na tentação de tudo pretender reduzir às suas formas jurídicas regulamentares e ao seu maleável arsenal conceitual. No quadro do emergente direito da sociedade da informação o legislador tem um papel importante a desempenhar na construção jurídica da sociedade da informação. Todavia, não lhe cabe o protagonismo principal, uma vez que a sua função é algo mais modesta. Que saiba proceder à ponderação de todos os interesses em conflito pela mediação dos valores fundamentais do sistema e consagrar opções legislativas de fundo, resistindo ao facilismo do legislar avulso, é, certamente, aquilo que a comunidade dele espera, em nome da qualidade das leis e da razoabilidade do legislador.

¹ De resto, como referimos, um outro direito de protecção dos agentes deste mercado foi instituído pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional.

BASES DE DADOS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS: O PROBLEMA DO ACESSO E EXPLORAÇÃO DA INFORMAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*

Sumário: I. Introdução; II. Propriedade Intelectual sobre Bases de Dados de Órgãos Públicos; III. Direito de Acesso a Bases de Dados de Órgãos Públicos; IV. Responsabilidade dos Prestadores de Informação; V. Considerações Finais.

“Toda a informação armazenada fica também esclerosada e isolada e, por isso, Wiener formulou o princípio da circulação, que transforma a informação num processo, de cuja paralisação decorreria a decadência social, porque a informação é o cimento da sociedade. A conversão da informação em mercadoria armazenada com fins lucrativos é sinónimo de degradação e de enfraquecimento da corrente contínua, que deve irrigar a sociedade.” Miguel Baptista Pereira, *Filosofia da Comunicação*, 1993

I. Introdução

1. As bases de dados de órgãos públicos constituem um recurso essencial na Sociedade da Informação. Com efeito, em razão das funções que desempenham, os órgãos públicos surgem como uma das principais fontes de informação, gerando e armazenando dados nos diversos sectores de intervenção da Administração Pública.

Por outro lado, a revolução das tecnologias da informação e da comunicação tornou possível o arquivamento sob forma digital de toda esta informação e a sua colocação à disposição do público para acesso através da Internet. Assim, o novo paradigma tecnológico traz inegáveis vantagens em termos de possibilidades de produção de bases de dados de órgãos públicos e de acesso à informação contida nessas bases de dados pelos cidadãos e pelas empresas.

A importância da informação produzida pelos órgãos públicos foi salientada no Livro Verde da Sociedade da Informação em Portugal¹. Em conformidade, o Governo prescreveu, por um lado, a obrigatoriedade de os organismos públicos se dotarem de um endereço de correio electrónico para efeitos de contacto por parte dos cidadãos e de entidades públicas e privadas, determinando, de igual modo, que à correspondência trocada por via electrónica deve ser atribuído o mesmo valor e tratamento do que à trocada em suporte papel². Além disso, tornou obrigatório para as direcções-gerais e serviços equiparados, bem como para os institutos públicos, a disponibilização em formato digital na Internet, a título oneroso ou gratuito, de toda a informação que seja objecto de publicação em papel³. A esta medida seguiu-se outra, acrescentando que a disponibilização da informação pública na Internet deverá ser feita de forma a permitir ou facilitar o seu acesso pelos cidadãos com necessidades especiais⁴.

* *Direito da Sociedade da Informação III* (Coimbra Editora 2002: 243-294).

¹ Missão para a Sociedade da Informação, *Livro Verde da Sociedade da Informação em Portugal*, 1997.

² Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98.

³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99.

⁴ Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99.

Mais recentemente foi aprovada a Iniciativa Internet¹. Nos termos do respectivo plano de acção², apontam-se como metas desta Iniciativa, nomeadamente (9): todos os formulários oficiais disponíveis na Internet em 2002; possibilidade de submissão electrónica generalizada em 2003; todos os serviços públicos estarão online na Internet até 2005. Em ordem a prosseguir esse objectivo, o plano de acção prevê a adopção de diversas medidas no que respeita ao uso da Internet pela Administração Pública e pelos cidadãos nas suas relações com o Estado³. Além disso, com vista a alcançar a meta de multiplicar pelo menos por 10 em cada ano os conteúdos portugueses na Internet nos próximos três anos, o ponto 7 prevê como medidas adequadas: 1. o desenvolvimento acelerado do espaço de conteúdos na Internet (de origem portuguesa, multilíngues e em língua portuguesa); 2. a digitalização e disponibilização livre sistemática de conteúdos públicos, designadamente de bibliotecas, museus e arquivos e de instituições públicas de ensino, investigação ou formação, assim como de instituições do sistema estatístico nacional; 3. a disponibilização de cartografia digital e, em geral, de sistemas de informação geográfica; 4. o estímulo à produção de conteúdos de interesse público; 5. a avaliação independente periódica dos sites do sector público e sua divulgação pública; 6. por último, o estímulo ao desenvolvimento do mercado publicitário na Internet.

2. O valor social da informação dos organismos públicos está associado ao seu crescente valor económico, num tempo em que se vai afirmando o princípio de que é necessário ao direito “limitar e gerir a utilização de informação”⁴. As novas tecnologias informáticas e telemáticas permitem a realização de um valor acrescentado na prestação de serviços de informação do sector público. Ou seja, em virtude das novas possibilidades da técnica, a informação pública apresenta um excepcional valor de exploração em termos de mercado da informação. Representa, nessa medida, um recurso fundamental para as empresas de exploração de conteúdos informativos.

Neste sentido, a exploração da informação do sector público é apontada como uma das áreas prioritárias no domínio da utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais, estando em curso medidas destinadas a expandir o fornecimento de informação, estimulando a exploração da

¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000 (aprova a Iniciativa Internet e adopta o respectivo plano de acção).

² *Para uma sociedade do conhecimento e da informação*, Portugal Digital - Iniciativa Internet, Julho de 2000.

³ São as seguintes as medidas previstas no ponto 5 do plano de acção: “5.1 - Formulários todos disponíveis na Internet; 5.2 - Encorajamento da entrega de formulários apenas por via electrónica (com assinatura digital quando necessário); 5.3 - Criação de um portal inteligente de toda a Administração Pública (futuro guichet único digital). Entrada em funcionamento do apontador «res publica»; 5.4 - Lojas do cidadão digitais; 5.5 - Processo de guichet único: definição do seu faseamento; 5.6 - Estimular a disponibilização, nos estabelecimentos de ensino, de inscrições e matrículas, acesso a registos académicos individuais, interacção com alunos e encarregados de educação através da Internet; 5.7 - Estimular nas instituições de saúde o desenvolvimento de sistemas combinados de marcação e informação (Internet, telefone); 5.8 - Desenvolvimento de iniciativas de redução do uso de papel como suporte de informação nos serviços públicos (paper reduction act): programação de metas a atingir, caso a caso; 5.9 - Programa de substituição de custos para a economia digital na Administração Pública; 5.10 - Programa de desburocratização apoiado nas oportunidades abertas pelas TI: definição de programas em cada serviço, sujeitos a avaliação externa dos resultados atingidos; 5.11 - Generalização do uso de sistemas de escritório electrónico, de correio electrónico e de comércio electrónico em toda a Administração Pública; 5.12 - Formação de funcionários públicos (e certificação das competências adquiridas) em moldes atentos à experiência internacional; 5.13 - Desenvolvimento de serviços públicos online e de modos de atendimento não presencial, designadamente fora das horas normais de atendimento ao público (combinações alternativas telefone, TV digital, Internet); 5.14 - Reforma da Central de Compras do Estado para a dinamização da aquisição de bens e serviços por via electrónica; 5.15 - Inspecção do cumprimento das directivas digitais na Administração Pública (conteúdos, equivalência papel-e-mail, acessibilidade, etc.); 5.16 - Flexibilização do regime de aquisição de bens e serviços e do regime de contratação de pessoal pela Administração Pública tornados necessários para o desenvolvimento desta iniciativa.”

⁴ Katsch, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford, 1989, p. 268.

informação no sector público. Com efeito, nos termos da proposta de Decisão do Conselho relativa à adopção de um programa comunitário plurianual para estimular o desenvolvimento e a utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais e promover a diversidade linguística na sociedade da informação¹: “As dificuldades que encontram as empresas de conteúdos europeias no acesso, utilização e exploração da informação do sector público constituem outro obstáculo principal ao seu potencial de crescimento. A utilização comercial alargada desta informação pode expandir substancialmente a oferta do mercado, fornecendo serviços de valor acrescentado aos consumidores. Simultaneamente, muita da informação do sector público é comercialmente atraente e susceptível de ser explorada no mercado. As novas tecnologias facilitam a recolha, armazenamento, processamento e recuperação da informação. Não só permitem aos governos melhorar a respectiva gestão da informação, reforçando a relação com os cidadãos e as empresas, como também permitem explorar comercialmente as compilações de dados e transformá-las em produtos e serviços digitais de valor acrescentado. / Na Europa, este bem potencial para o sector da informação raramente é utilizado, perdendo-se uma oportunidade de crescimento económico e emprego. As regras e práticas nacionais bastante diferentes tornam a exploração a nível comunitário especialmente difícil. Não há um conjunto de princípios comum a todos os Estados-membros, e existe uma grande variedade em termos de preço, entrega, formato, direitos de autor, meta-dados (meta-dados são “dados sobre dados”, destinados a ajudar a identificar a informação existente e a localizá-la.),etc. As empresas de conteúdos dos EUA, pelo contrário, podem tirar partido das normas claras neste domínio que favorecem a exploração, em conformidade com a Lei da Liberdade de Informação. Isto significa que o sector europeu se encontra em desvantagem competitiva em relação aos seus concorrentes americanos. / A informação geográfica (IG) é um exemplo de informação na posse do sector público com grande potencial. O valor de mercado da informação na posse do sector público neste domínio está calculado em 10 mil milhões de euros nos 15 Estados-membros (extrapolação realizada pelos serviços da Comissão a partir de dados franceses, 1999) , com dezenas de milhares de empregados. Por isso, a IG é identificada como uma fonte principal de sinergia entre as instituições privadas e públicas. / Para além destas dificuldades sistémicas, um certo número de questões práticas tornam problemática a exploração da informação do sector público na Europa. A diversidade linguística é uma delas. A necessidade de traduzir e a falta de uma terminologia comum representa um fardo suplementar para as empresas de conteúdos europeias. A acessibilidade dos conteúdos através de terminais móveis, nos próximos anos, exigirá esforços suplementares.”

3. A informação do sector público é um valor de exploração por excelência no domínio dos serviços electrónicos à distância, quer se trate de serviços de informação para recuperar informações de diversa natureza (por ex., trabalho, saúde, cultura, transporte, legislação, documentação política) mediante pedido (1), de serviços de comunicação que permitem interagir com indivíduos (particulares ou empresas) ou grupos de pessoas (por ex., contactos por correio electrónico e fóruns de discussão sobre certas questões) (2), ou, por último, de serviços de transacção que tornam possível a aquisição de produtos ou serviços em linha, ou enviar dados (por ex., reserva de bilhetes, envio electrónico de formulários, votação electrónica). Em suma, a informação do sector público surge

¹ Proposta de Decisão do Conselho que adopta um programa comunitário plurianual para estimular o desenvolvimento e a utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais e promover a diversidade linguística na sociedade da informação, COM(2000) 323 final, 24.5.2000.

como um recurso essencial no quadro dos serviços da sociedade da informação nos quais assenta o comércio electrónico directo¹.

¹ O comércio electrónico traduz-se na negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. Dentro das diversas actividades que abrange são de destacar a entrega em linha de conteúdo digital multimedia, as transferências financeiras electrónicas, os conhecimentos de embarque electrónicos, leilões comerciais, pesquisa em linha das melhores fontes para aquisições (*sourcing*), contratos públicos, comercialização directa ao consumidor e serviços pós-venda, etc. Depois, distinguem-se fundamentalmente duas modalidades de comércio electrónico. Por um lado, o comércio electrónico *indirecto*, ou seja, a 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. Por outro lado, o comércio electrónico *directo*, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa (em linha) de bens incorpóreos, como programas de computador, conteúdos de diversão ou serviços de informação. O comércio electrónico indirecto está dependente de vários factores externos, como a eficácia do sistema de transportes. Pelo contrário, o comércio electrónico directo explora todo o potencial dos mercados electrónicos mundiais, uma vez que permite transacções electrónicas sem descontinuidades à escala global, isto é, sem fronteiras geográficas. Cfr. *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.

A promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes. Este ambiente de confiança favorável ao crescimento do comércio electrónico requer a criação de um quadro jurídico adequado à protecção dos interesses dos agentes envolvidos. Diversos documentos oficiais definiram já o quadro geral de problemas dos serviços da sociedade da informação, em que assenta o comércio electrónico (veja-se, entre nós, o *Livro Verde Para A Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), 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. No plano comunitário, veja-se especialmente a referida *iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM (97) 157 final. no direito comparado, veja-se, nos EUA, William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; a nível internacional veja-se, especialmente, o *OECD Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Paris, Oct. 1999).

No espaço europeu, a Comissão Europeia tem sido um verdadeiro motor neste processo de adaptação do direito à nova realidade. Com efeito, em ordem à criação de um quadro regulamentar da Sociedade da Informação, traçado na sequência do Relatório Bangemann sobre A Europa e a Sociedade da Informação (1994), foram propostas e adoptadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Assim foram adoptadas Directivas, por exemplo, sobre Bases de Dados Electrónicas (96/9/CE), Protecção de Dados Pessoais (95/46/CE), Contratos Celebrados à Distância (97/7/CE), Serviços de Telecomunicações (97/13/CE), Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE), Transparência Regulamentar (98/34 e 48/CE), Serviços de Acesso Condicional (98/84/CE) e Assinaturas Electrónicas (1999/93/CE). Além disso, foram apresentadas propostas de directivas sobre Direitos de Autor na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10.12] e, especificamente, sobre Comércio Electrónico [COM(98) 586 final, 18.11], Comercialização à Distância de Serviços Financeiros e Instituições de Moeda Electrónica [COM(98) 297 final, 13.5], entre outras. Muito recentemente, foi aprovada a “Directiva sobre o comércio electrónico” (Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

Entre nós, a necessidade de se viabilizar o comércio electrónico num ambiente baseado na economia digital foi identificada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação. Com base nisso, o Conselho de Ministros resolveu criar a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, definindo-lhe como objectivos genericos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico (Resolução n.º 115/98, DR n.º 201, I, Série B, 1.9.1998). Nesse quadro incluir-se-iam o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e às assinaturas digitais, bem como à factura electrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transacções efectuadas por via electrónica, à protecção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à protecção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adoptados vários diplomas, nomeadamente, sobre a protecção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro), normas técnicas (Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril) e bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho), destinados, no essencial, a transpor Directivas. Além disso, foi adoptado o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto), procedeu-se à equiparação da factura electrónica à factura em suporte papel (Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro), tendo sido aprovados, a nível governamental, o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico (Resolução do Conselho de Ministros 94/99) e, ultimamente, a Iniciativa Internet - Portugal Digital (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000).

Com efeito, a informação do sector público poderá constituir um recurso económico da maior importância no domínio do comércio electrónico directo, que se baseia nos chamados serviços da sociedade da informação. Ao invés da Proposta¹, a Directiva sobre o comércio electrónico² não define os serviços da sociedade da informação, limitando-se a remeter para o conceito anteriormente firmado nas Directivas sobre transparência técnica³ e sobre protecção dos serviços de acesso condicional⁴. A primeira destas Directivas foi recentemente transposta⁵. Nos termos do diploma de transposição, constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração. Trata-se, em suma, de serviços prestados normalmente contra remuneração (1), à distância (2), por via electrónica (3) e mediante pedido individual de um destinatário de serviços (4). São três os elementos essenciais da definição destes serviços: 1.º “à distância” significa um serviço prestado 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 individual⁶. Um quarto

¹ Incluindo a sua versão alterada: Proposta alterada de directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico [COM(99) 427 final]. Sobre a versão inicial *vide* o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.

² Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril (transpõe para o direito interno a 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).

⁶ A interactividade é uma característica típica dos serviços da sociedade da informação. A noção destes serviços remonta à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que alterava pela terceira vez a Directiva 83/189/CEE relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (COM(96) 392 final, 16.10.1996), que os definiu como os “serviços prestados à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

Por outro lado, esta caracterização de serviços à distância parece corresponder à noção de “teleserviços” constante da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços (*Teledienstgesetz* — TDG), sob o Artigo 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG), de 1 de Agosto de 1997. Visando estabelecer condições económicas uniformes para as várias aplicações dos serviços electrónicos de informação e comunicação (§ 1), a TDG define os teleserviços, aos quais se aplica, como “todos os serviços electrónicos de informação e comunicação, destinados a utilização individual de dados combináveis tais como caracteres, imagens e sons, e baseados em transmissão por meios de telecomunicações” (§ 2(2)). Esta noção de teleserviços é, depois, ilustrada mediante um catálogo de exemplos, no sentido de abranger, expressamente: 1. os serviços financeiros à distância (*telebanking*), a troca de dados; 2. os serviços de informação sobre o trânsito, o clima, o ambiente ou o mercado bolsista e a disseminação de informação sobre bens e serviços; 3. serviços prestando acesso à Internet ou a outras redes; 4. serviços oferecendo acesso a telegames; 5. bens e serviços oferecidos e listados em bases de dados electronicamente acessíveis e com acesso interactivo e a possibilidade de encomenda directa. Depois, a §2 (4) exclui do âmbito de aplicação da TDG, *inter alia*: 1. os serviços de telecomunicações e a prestação comercial de serviços de telecomunicações previstos no § 3 da Lei das Telecomunicações, de 25 de Julho de 1996 (*Telekommunikationsgesetz* — TKG); 2. a radiodifusão. Ou seja, a radiodifusão, bem como os serviços de telecomunicações, são excluídos da noção de teleserviços para efeitos da TDG.

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 fornecimento de informação em linha (2)¹, os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico (3)², e, ainda, actividades em linha via telefonia e telefax (4).³

4. Não obstante, o extraordinário potencial de exploração das bases de dados de órgãos públicos através da prestação de serviços da sociedade da informação levanta questões diversas. Para começar, parece claro que a natureza da informação contida nestas bases de dados impõe um princípio de acesso universal. Mas, este acesso universal significará acesso ilimitado e incondicional? Veremos, justamente, que a protecção de interesses de diversa natureza justifica certas excepções ao direito de acesso. Pense-se, por exemplo, na protecção do segredo de Estado. Por outro lado, também as condições do direito de acesso são objecto de regulamentação, no que respeita, nomeadamente, à natureza do suporte, ao prazo e à quantidade da informação pretendida. Além disso, a cobrança de preços pela prestação de acesso a informação de órgãos públicos será também um factor a considerar, uma vez que esse preço não deverá nem impedir o acesso para todos nem gerar distorções da concorrência entre o sector público e o sector privado.

Depois, o problema do acesso e exploração da informação dos órgãos públicos suscita ainda outras questões. Trata-se de saber, primeiro, se esta informação e as bases que a reúnem podem e devem ser objecto de direitos de exclusivo. Veremos que, entre nós, a via dos direitos de autor terá sido recusada pelo legislador português em face da Convenção de Berna. Porém, o legislador comunitário terá instituído um direito de protecção na Directiva sobre Bases de Dados (96/6/CE) susceptível de cobrir as bases de dados de órgãos públicos; direito este que atinge o princípio tradicional do livre fluxo de informação. Ademais, o acesso e exploração de bases de dados de órgãos públicos toca outras questões como a protecção dos dados pessoais contidos nas bases de dados e o problema da responsabilidade pela prestação de informação. A todos eles faremos oportunamente referência em atenção às “necessidades da sociedade da informação”⁴.

¹ 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 e Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, que transpõem, respectivamente, a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, e 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. 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).

² O regime dos operadores de rede de distribuição por cabo (Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro) 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.

³ 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 televendas (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).

⁴ J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, p. 485.

5. Assim, a problemática que nos ocupa é muito complexa e delicada. Se, como alguém disse, a informação é o “petróleo” das modernas economias, então as bases de dados dos órgãos públicos serão os seus principais “jazigos”.

À complexidade e delicadeza do tema junta-se ainda a sua actualidade. Na verdade, o problema do acesso e exploração da informação dos organismos públicos foi recentemente tratado no Livro Verde da Comissão relativo à Informação do Sector Público na Sociedade da Informação¹. O Livro Verde parte dos resultados de um processo de consulta iniciado em 1996 e que contou com a participação de representantes de Estados Membros, de grupos de cidadãos, de utilizadores e do sector privado, em especial as indústrias da informação. O objectivo deste Livro Verde é levar a cabo uma ampla consulta pública a todos os interessados, em ordem a analisar as principais questões em jogo e lançar uma discussão política a nível europeu. Considera-se, por outro lado, que desta consulta poderá resultar uma proposta de actuação da Comissão em questões específicas, segundo os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade aos objectivos dos Tratados. Não obstante, ressalva-se, expressamente, que nem o Livro Verde, nem qualquer acção futura dele decorrente, deverá ser entendido como tentativa de prejudicar as regras nacionais que orientam o sistema da propriedade, nem o papel de qualquer organismo público dos Estados-membros.

A informação produzida pelo sector público (por exemplo, administrativa, legislativa, financeira) é considerada fundamental para o bom funcionamento do mercado interno, constituindo um recurso essencial para a Europa. Nesse sentido, pretende-se que os Estados-membros tornem a informação já existente mais clara e acessível para os utilizadores potenciais. Em termos comparativos, as empresas europeias disporiam de um sistema de informação menos desenvolvido e eficiente do que o sistema de que beneficiam as empresas norte-americanas em virtude da Lei sobre a Liberdade de Informação².

Depois, as dificuldades de acesso e utilização da informação do sector público à escala europeia reflectir-se-iam negativamente nas PME e na criação de emprego neste sector, e, ainda, em dificuldades para as empresas europeias de conteúdos informativos no que respeita à exploração da informação do sector público. Tem-se em conta, por outro lado, que alguns Estados-membros deram já início ao estudo dos efeitos do ambiente tecnológico digital em rede na função pública, particularmente no acesso e na exploração da informação do sector público.

Na perspectiva da Comissão, são vários os aspectos em que se traduz a importância do acesso para os Europeus à informação do sector público dos diferentes Estados-membros. Primeiro, o acesso à informação do sector público permitiria aos Europeus aproveitar os direitos conferidos pela Comunidade Europeia. Actualmente, existiriam dificuldades práticas consideráveis em virtude de uma falta de transparência para com os cidadãos, os empregadores e a administração pública, a todos os níveis, como, por exemplo, ao nível da diversidade linguística, da mobilidade dos trabalhadores, da informação fiscal.

Segundo, o acesso à informação promoveria a participação dos Europeus no processo de integração europeia. Nesse sentido, considera-se importante que os cidadãos europeus tenham um direito de

¹ *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(98) 585 final, 20.1.1999.

² *Freedom of Information Act*, 1966.

acesso, não só aos documentos das instituições, mas também à informação relacionada com a UE existente nos Estados-membros¹.

Terceiro, a informação do sector público traria oportunidades para o crescimento económico e o emprego. Para as empresas interessaria informação sobretudo administrativa, mas também estatística, financeira e geográfica. Assim, por exemplo, para as empresas de seguros revestiria especial importância informação local específica sobre os riscos; já para as empresas internacionais de transportes seria particularmente importante informação geográfica e informação sobre o trânsito e o clima. De igual modo, a informação pública é considerada fundamental para os contratos públicos em ordem a cumprir efectivamente a condição obrigatória de transparência da actuação governamental. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a informação sobre patentes, em ordem a aumentar a acessibilidade à informação sobre o estado da técnica em matéria de investigação.

Quarto, a informação do sector público é considerada como um potencial a valorizar e explorar. Com efeito, o sector público representaria o maior recurso de conteúdo informativo para a criação de conteúdos e serviços informativos de valor acrescentado. Trata-se de informação político-estadual, informação jurídica, perfis de empresas, informação sobre patentes, informação científica, técnica e médica, etc. Neste quadro, a indústria europeia da informação, interessada na valorização e exploração da informação do sector público, apontou a desvantagem competitiva dos editores europeus em relação aos seus concorrentes, em razão da quase inexistência de regras sobre as condições de exploração da informação do sector público pelo sector privado. Não obstante, considera-se que a reutilização comercial da informação do sector público poderia levantar problemas quanto aos limites das competências dos diversos agentes, à salvaguarda do acesso para todos, e à concorrência desleal entre o próprio sector público e a exploração privada.

Assim, a análise da Comissão centra-se nas questões ligadas ao acesso e à exploração de informação do sector público. Para além do problema da definição de informação do sector público, são tratadas as condições de acesso à informação do sector público, os instrumentos práticos para facilitar o acesso, as questões relativas a preços, as regras de concorrência, os direitos de autor, as questões relativas à privacidade, as questões relativas à responsabilidade legal e à informação da UE.

No Livro Verde em referência, a Comissão aborda a problemática do Sector Público na Sociedade da Informação numa perspectiva horizontal. Considerando o papel da informação do sector público como um recurso essencial, quer em matéria de cidadania europeia, quer no que respeita à promoção da indústria comunitária da informação, a Comissão defende a necessidade de um sistema eficiente para a Europa em matéria de acesso e exploração desta informação. Para o efeito, trata diversas questões, que respeitam, ora à regulamentação do direito de acesso, seus requisitos e limites, ora à protecção da informação pública pelos direitos de autor, ora à protecção dos dados pessoais, ora à responsabilidade dos fornecedores desta informação. O objectivo do Livro Verde é lançar uma consulta pública aos interessados, da qual poderá resultar uma proposta de actuação da Comissão em questões específicas.

6. Ao longo desta exposição vamos tratar os diferentes aspectos jurídicos das bases de dados de órgãos públicas no direito português em diálogo com o Livro Verde da Comissão relativo à Informação do Sector Público na Sociedade da Informação. Antes, porém, interessa fazer uma breve referência de direito comparado. Trata-se do direito dos EUA, que parece ser apontado no Livro

¹ Em conformidade com o novo Art. 191.º-A do Tratado CE introduzido pelo Tratado de Amesterdão.

Verde como modelar. Esta experiência de direito comparado surge como relativamente pioneira na regulamentação do acesso e exploração da informação do sector público, pelo que interessa considerar as suas linhas principais de intervenção.

Neste país, a referida Lei da Liberdade de Informação (1966) é considerada como um marco jurídico de uma política activa de informação do sector público. Política esta que foi reforçada pela Lei sobre a Liberdade de Informação Electrónica¹, em ordem a garantir o acesso electrónico do público à informação do governo federal. Nesse sentido, é de referir, nomeadamente, a criação do serviço de localização de informação (GILS), mediante identificação de recursos providos de interesse para os utilizadores, descrevendo a informação disponível e ajudando a assegurar o acesso. Além disso, foram adoptadas outras medidas destinadas a incentivar a exploração comercial da informação do sector público pelo sector privado, como sejam, nomeadamente, a regulamentação dos preços e as condições de concessão de exploração do sector público.

Por um lado, na regulamentação dos preços prevê-se apenas a cobrança dos custos de pesquisa, reprodução e eventualmente revisão, já não o valor acrescentado pelo sector público aos dados em bruto. Trata-se do princípio segundo o qual o valor acrescentado deverá constituir um instrumento ao serviço de fins de eficiência dos serviços, e não um estímulo ao lucro. Este ficará para o sector privado, o qual só explorará comercialmente um produto ou serviço se puder acrescentar-lhe um valor para além daquele que já lhe foi acrescentado pelo sector público².

Por outro lado, os organismos públicos devem garantir acesso oportuno e gratuito à respectiva informação pública. Depois, salvo autorização legal, não podem: 1. celebrar acordos de distribuição exclusivos, restritos ou análogos, que interfiram com o direito de acesso do público; 2. limitar ou regulamentar o uso, revenda ou redivulgação da informação pública pelo público; 3. cobrar taxas de direitos de autor pela revenda e redivulgação da informação ao público³; 4. fixar, para a informação do sector público, taxas de utilização que ultrapassem o custo de divulgação.

Feita esta breve referência de direito comparado, que servirá de horizonte de comparação, passaremos de seguida ao tratamento dos aspectos jurídicos das bases de dados de órgãos públicos numa perspectiva horizontal e em diálogo com as posições da Comissão Europeia tomadas no referido Livro Verde. Os tópicos são os seguintes: 1.º propriedade intelectual sobre bases de dados de órgãos públicos; 2.º direito de acesso a bases de dados de órgãos públicos; 3.º protecção dos dados pessoais; 4.º responsabilidade dos prestadores de informação.

Para terminar, teceremos algumas considerações conclusivas sobre a perspectiva da Comissão Europeia, particularmente no que respeita à necessidade e ao modo de harmonização desta matéria a nível comunitário.

II. Propriedade Intelectual sobre Bases de Dados de Órgãos Públicos

1. A Convenção de Berna deixou aos Estados Membros a liberdade de determinarem a protecção a conceder aos textos oficiais de natureza legislativa, administrativa ou jurídica e às suas traduções oficiais⁴. Em consonância, de um modo geral, os Estados Membros não concederam protecção a estes materiais, alargando esta exclusão de protecção à informação de outro tipo produzida pelo sector público.

¹ *Electronic Freedom of Information Act*, 1996.

² Para desse modo poder vendê-lo por um preço lucrativo.

³ Sendo que não existiriam direitos de autor sobre a informação do Estado a nível federal.

⁴ Convenção de Berna Para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, Art. 2.º, 4.

Porém, no Livro Verde sobre a Informação do Sector Público, a Comissão aduz duas razões susceptíveis de favorecerem a protecção da informação do sector público pelos direitos de autor: por um lado, gerar uma fonte de receitas; por outro, assegurar a integridade dessa informação. Com base nestas razões, a Comissão inclina-se em sentido favorável à protecção da informação do sector público pelos direitos de autor. Porém, temos sérias dúvidas que esta via seja a mais adequada.

Em harmonia com a possibilidade deixada aos Estados-membros pela Convenção de Berna, o Estado Português não concedeu protecção aos textos de convenções, leis, regulamentos e relatórios e decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração¹. Além disso, foram excluídos do objecto de protecção, *inter alia*, os requerimentos, alegações e outros textos apresentados por escrito ou oralmente perante autoridades ou serviços públicos, bem como, de um modo geral, os textos propostos e os discursos proferidos em debates públicos sobre assuntos de interesse comum².

Será discutível, todavia, se as compilações dos conteúdos não protegidos, na medida em que forem sistemáticas em termos de originalidade autoral, podem ser protegidas enquanto bases de dados. Protecção esta que, não obstante, recairia apenas sobre a estrutura da compilação³, já não sobre o conteúdo. Porém, esta hipótese poderia ser recusada em virtude de tais compilações realizadas pelo Estado ou outros órgãos da Administração serem assimiláveis à categoria da chamada obra oficial, como a bandeira, o hino ou a moeda.

Parece, assim, que em conformidade com a faculdade deixada aos Estados-membros pela Convenção de Berna, o Estado Português não concedeu protecção pelo direito de autor às obras geradas pelos seus organismos, nelas se devendo incluir, por conseguinte, as bases de dados de órgãos públicos. Aliás, pouco sentido faria que o Estado se arrogasse direitos de exclusivo, como o direito de autor, sobre leis, decisões judiciais e administrativas, e compilações de informação gerada no seio dos seus organismos. A informação do sector público é, e deve ser, por excelência, informação livre, a menos que essa informação seja objecto de reserva do Estado (por razões de segurança, nomeadamente) ou de direitos privados (dados pessoais, direitos de autor, segredos empresariais).

Ora, a orientação da Comissão aponta no sentido de conceder protecção pelo direito de autor às obras do Estado, em ordem a gerar uma fonte de receitas e promover a integridade dessa informação. Pensamos, porém, que esta via é marcada por uma lógica de instrumentalização do direito de autor em favor da indústrias da informação, conducente à degeneração deste instituto num mero direito sobre conteúdos informativos, ou, melhor ainda, “num direito dos privilégios das empresas de

¹ Cfr. arts 8.º, 1, 3.º, 1-c, Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro.

² CDADC, art. 7.º.

³ A sua forma de expressão para efeitos de direito de autor. A protecção das compilações de dados (com exclusão dos dados enquanto tais) pelo direito de autor é também prevista no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994), dispondo no art. 10.º, 2, que as compilações de dados ou de outros elementos, quer sejam fixadas num suporte legível por máquina ou sob qualquer outra forma, que, em virtude da selecção ou disposição dos respectivos elementos constitutivos, constituam criações intelectuais, serão protegidas enquanto tal; mais acrescenta que essa protecção nem abrangerá os próprios dados ou elementos, nem prejudicará os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos. Em termos próximos, veja-se também o art. 5.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996)

copyright”¹. Admitimos, porém, que não será de excluir que possam ser criadas bases de dados originais quanto à sua estrutura e que os respectivos criadores humanos tenham direito de reivindicar direitos morais sobre tais obras. Porém, à semelhança do que se passa no domínio do direito das patentes², os direitos patrimoniais serão legalmente cedidos ao Estado, o qual, todavia, deverá exercer esses direitos estritamente segundo critérios de interesse público³.

2. Além disso, as bases de dados de órgãos públicos afiguram-se como susceptíveis de ser objecto do direito de propriedade intelectual *sui generis* instituído pela Directiva Bases de Dados⁴, recentemente transposta para a ordem jurídica interna⁵. Com efeito, a Directiva Comunitária sobre a protecção jurídica das Bases de Dados introduz uma figura susceptível de conferir protecção sobre as bases de dados de órgãos públicos. Atendendo à noção de bases de dados e aos requisitos de atribuição do direito *sui generis*, parece ser de concluir que este direito poderá cobrir as bases de dados de órgãos públicos. Na verdade, 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 outros⁶.

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 de propriedade de informação”⁷ 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 energia⁸.

¹ J. Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, Lisboa, 1994, p. 1056.

² Cfr. arts. 54.º, 10, e 55.º do Código da Propriedade Industrial.

³ Neste sentido se deverá interpretar o Capítulo II (relativo à protecção das bases de dados pelo direito de autor) do Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

⁴ Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados (DBD). Sobre esta Directiva *vide*, por ex., a nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998, especialmente §§ 39 et seq. e § 53 (direito do produtor de bases de dados). Veja-se, também, Cornish *et al.*, *Protection of and vis-à-vis databases*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Amsterdam: Cramwinckel, 1997, p. 435 s; Lehmann, *Die neue Datenbankrichtlinie und Multimedia*, NJW-CoR 1996, p. 249; Mallet- Poujol, *La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative*, DIT 1/1996, p. 6; Weber, *Schutz von Datenbanken: Ein neues Immaterialgüterrecht*, UFITA 1996, p. 5; Goebel, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, p. 106; Berger, *Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11.3.1996*, GRUR 1997, p. 169; Flechsig, *Der rechtliche Rahmen der europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken*, ZUM 1997, p. 577; Guglielmetti, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9 CE*, CI 1997, p. 177; Tissot, *La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 199; Glavarría Iglesia / Torre Forcadelli, *La protección jurídica de las bases de datos por el derecho de autor*, RDM 1998, p. 1830.

⁵ Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, no exercício da Lei de autorização n.º 1/2000 de 16 de Março.

⁶ Directiva Bases de Dados, art. 1.º, n.º 2; DL 122/2000 de 4 de Julho, art. 1.º (2 - Para efeito do disposto no presente diploma, entende-se por «base de dados» a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros.).

⁷ Wiebe, *Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, Köln, 1997, p. 107.

⁸ Directiva Bases de Dados, art. 7.º, cons. 40, 2.ª parte; no direito interno, art. 12.º do DL 122/2000 de 4 de Julho, que deverá ser interpretado em conformidade com a Directiva, incluindo os seus considerandos.

As bases de dados de organismos públicos não são excluídas do âmbito deste direito, às quais se aplicará, gerando uma espécie de *Crown Copyright*. Nada parece obstar a que o organismo público possa ser considerado como o fabricante da base, pois que o investimento poderá consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação de tempo, esforço e energia. Pense-se, por exemplo, na informação gerada pela actividade de um serviço de patentes, ou até pela Assembleia da República¹.

3. 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* e recentemente retomada na decisão *Ladbroke*.²

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 se destinando apenas a proteger contra o fabrico de um produto parasita concorrente³. Fala-se, a propósito, na “fobia” do utilizador final⁴.

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 substanciais⁵. Este direito, que pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais, é considerado um instrumento fundamental de promoção das indústrias que operam no mercado europeu da informação.

Mas, este instrumento jurídico de promoção da indústria europeia da informação implica um sério custo em termos de livre fluxo de informação. Com efeito, informação tradicionalmente livre tornar-se-á objecto de um direito de exclusivo. É unânime o entendimento de que se trata de uma grave restrição ao livre fluxo da informação. Nas suas excepções não se contam, nomeadamente, a utilização para fins de informação⁶.

O próprio legislador comunitário tem consciência da gravidade do excluído outorgado, consagrando um processo de controlo de aplicação da directiva, especialmente do direito *sui generis*, em ordem a verificar se a aplicação daquele direito deu origem a abusos de posição dominante ou a

¹ Cfr. W. Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, in M. Delebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, Amesterdão, 1997, p. 410.

² Sobre as decisões *Magill* e *Ladbroke*, vide, respectivamente, Vinje, *Magill: Its Impact on the Information Technology Industry*, DIT 2/1993, p. 16; Bonet, *Propriétés Intellectuelles*, RTDE 1998, p. 591.

³ Directiva Bases de Dados, cons. 44 e 42.

⁴ Cfr. Mallet-Poujol, *La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative*, DIT 1/1996, p. 8.

⁵ No direito interno, veja-se o art. 12.º, 6, do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho.

⁶ Veja-se, de igual modo, no direito interno, art. 15.º do DL 122/2000 de 4 de Julho.

outros atentados à livre concorrência em termos de justificarem medidas apropriadas, particularmente a instituição de um regime de licenças não voluntárias¹.

Para além desta lógica estritamente concorrencial, é o próprio utilizador final de informação que passa a ser objecto de controlo. No fundo, o direito *sui generis* acaba por se traduzir numa excepção ao direito de acesso. Basta alegar que o acto do utilizador atenta contra o investimento para que o acesso à informação pública lhe seja negado. Quase se presume *iuris et de iure* que o cidadão é um concorrente parasita.

Tudo isto é muito problemático. Não havendo um segredo de Estado que qualifique um documento como confidencial, nem um segredo de comércio ou indústria, ou relativo à propriedade intelectual, nem um segredo pessoal, o que há agora é uma extensão da área de reserva exclusiva sobre informações tradicionalmente pertencentes ao domínio público, em que o acesso poderia ser condicionado, mas não recusado, pois não seria abrangido pela área de reserva de um direito exclusivo.

Por estas razões, a aplicação concreta deste direito deverá ter em conta os fins de disciplina económica que o animam. Mormente com o advento dos sistemas de protecção técnica que impedem acessos tecnologicamente não autorizados à informação colocada à disposição em rede, é necessário que se clarifique o princípio da liberdade de acesso à informação do sector público, sob pena de os cidadãos ficarem sujeitos ao “código técnico” que, bem implementado, evitará toda a “desobediência civil”². A importância do que fica dito compreende-se se tivermos em conta que a Proposta de Directiva sobre direito de autor e direitos conexos na Sociedade de Informação³ destina-se, em larga medida, a implementar os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre direito de autor e certos direitos conexos⁴. Nesse sentido, define como infracção o acesso não autorizado a uma base de dados por via do contornamento dos mecanismos tecnológicos de protecção; além disso, neste “direito técnico”⁵, vem proibir também os actos de supressão ou eliminação da informação para gestão de direitos “tatuada” nos conteúdos informativos.

4. Neste domínio assume especial relevo a utilização das chamadas tecnologias robustas, como a cifragem e a estenografia⁶. Estas aplicações da tecnologia criptográfica fornecem dispositivos 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-

¹ Directiva Bases de Dados, art. 16.º, 3.

² Cfr. Lessig, *The Zones of Cyberspace*, Stanford LR 1997, p. 1408.

³ Proposta 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, apresentada em Dezembro de 1997, entretanto alterada [COM(99) 250 final].

⁴ Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, Dezembro de 1996, Genebra.

⁵ Burkert, *Informationszugansrechte in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, Köln, 1995, p. 86.

⁶ 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

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 obras¹.

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, bem como 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 direitos².

Com efeito, a Conferência Diplomática sobre certas questões relativas ao direito de autor e aos direitos conexos, realizada em 20 de Dezembro de 1996, em Genebra, sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), adoptou dois novos Tratados: o Tratado OMPI sobre o direito de autor e o Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas³. Adoptou, ainda, dois documentos interpretativos: as Declarações Acordadas respeitantes aos novos Tratados da OMPI. Relativamente a um terceiro Tratado sobre um direito *sui generis* de propriedade intelectual respeitante às bases de dados, embora constasse da proposta de base, a Conferência Diplomática limitou-se, porém, a adoptar uma Recomendação sobre trabalhos futuros da OMPI com vista à preparação de um Tratado sobre a propriedade intelectual respeitante às bases de dados.⁴

¹ 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.

² 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 de 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.

³ A iniciativa de constituir um Comité de Peritos para analisar questões relativas a um possível protocolo à Convenção de Berna que clarificasse ou instituisse novas regras, foi tomada em 1989, um ano após a adesão dos Estados Unidos da América à Convenção de Berna (“Berne Convention Implementation Act of 1988”, Act of October 31, 1988, Pub. L. 100-568, 102 Stat. 2853). Note-se que os EUA conseguiram aderir à Convenção de Berna (Acto de Paris 1971) sem terem enxertado no seu sistema de copyright o *droit moral* consagrado no art. 6bis. O mesmo já estava aliás no Acordo NAFTA, apesar de as partes se vincularem a dar efeito às disposições substantivas, *inter alia*, da Convenção de Berna 1971 (Art. 1701).

⁴ Em linhas gerais, o Tratado sobre o direito de autor complementa a Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acto de Paris 1971), adaptando-a ao ambiente digital, garantindo aos autores protecção jurídica sobre as suas obras, incluindo expressamente os programas de computador e as bases de dados, relativamente aos actos

Por outro lado, as regras acordadas inscrevem-se no processo de adaptação deste instituto ao novo paradigma da tecnologia digital, dando resposta a um conjunto de questões inventariadas em diversos documentos oficiais elaborados por várias organizações dos quatro cantos do planeta, destacando-se o Livro Branco¹ nos EUA, e, na Europa, o Livro Verde apresentado pela Comissão². A importância fulcral destes novos Tratados OMPI tem sido apontada, não apenas no âmbito do direito de autor e dos direitos conexos, mas também noutros domínios, como sejam o comércio electrónico e o processo de convergência das tecnologias da informação e da comunicação³.

de distribuição, aluguer, comunicação ao público e colocação à disposição do público em redes. O Tratado contém, ainda, disposições relativas aos dispositivos técnicos de protecção (tais como a neutralização de dispositivos contra a cópia) e aos sistemas de informação para gestão dos direitos. Além disso, a liberdade de as partes contratantes adoptarem limitações e excepções aos direitos atribuídos aos autores, artistas e produtores de fonogramas é admitida nos termos da “regra dos três” constante da Convenção de Berna (Art. 9.º, 2: “Fica ressalvada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais [1.], desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra [2.] nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor[3.]”

¹ *Intellectual Property and the National Information Infrastructure : The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, September 1995.

² *O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(95) 382 final, 19.07.1995. O Livro Verde abriu um processo de consulta aos interessados sobre questões gerais como o domínio público remunerado e a protecção do património cultural, sobre questões horizontais relativas ao direito aplicável, ao esgotamento dos direitos e importações paralelas, sobre direitos específicos (o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, o direito de difusão/transmissão digital, o direito de radiodifusão digital, o direito moral) e sobre questões relacionadas com a exploração dos direitos (aquisição e gestão de direitos e sistemas técnicos de identificação e de protecção).

Para além dos documentos referidos, veja-se, também, *inter alia*: na Austrália, *Highways to change: Copyright in the new Communications Environment, Report of the Copyright Convergence Group*, August 1994; em França, o *Rapport Sirinelli — Industries culturelles et nouvelles technologies*, septembre 1994; no Canadá, *Copyright and the Information Highway, Final Report of the Copyright Sub-Committee*, Ottawa, March 1995; no Japão, *Predicted Problems and Possible Solutions for Administering Intellectual property Rights in a Multimedia Society*, Tokyo, Juin 1995.

³ Na Comunicação da Comissão *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, os novos Tratados OMPI foram considerados “essenciais para estimular e facilitar o comércio electrónico à escala internacional”, desde logo porque “os mecanismos de protecção dos direitos de autor, baseados também em tecnologias seguras, como a cifragem e os cartões inteligentes, asseguram a protecção do material digital e são um factor essencial do desenvolvimento de um mercado de massas da informação electrónica.” (Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM(97) 157 final, 16.04.1997, pp. 25-6, 20). Em causa estão as disposições sobre a tutela de sistemas técnicos de identificação e de protecção constantes dos Tratados, relacionando-se, directamente, com o problema da protecção jurídica dos serviços de acesso condicional, no quadro da promoção do comércio electrónico. Com efeito, no Livro Verde relativo à Protecção Jurídica dos Serviços Codificados, a Comissão tinha já considerado que: “Os prestadores de serviços necessitam de protecção contra a piratagem dos serviços por descodificadores e cartões inteligentes ilícitos ou outros dispositivos de pirataria.” (*Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno — consulta sobre a necessidade de uma acção comunitária*, Livro Verde, COM(96), 76 final, 06.03.1996, p. 23). Trata-se, em suma, dos serviços de radiodifusão e interactivos, independentemente do seu meio de transmissão, cuja característica comum reside no facto de o acesso ao serviço à distância ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço, abrangendo todos os serviços que são prestados com base num acesso condicional, 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 (cfr. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, COM(97) 356 final, 09.07.1997, Exposição de Motivos, p. 4). Depois, no Livro Verde da Comissão relativo à Convergência, apesar de “a protecção insuficiente dos DPI” (direitos de propriedade intelectual) ser apontada como um dos obstáculos ao processo de convergência — entendendo-se que a “protecção insuficiente constitui já um obstáculo para o conteúdo fora de linha, que pode projectar-se no universo ‘em linha’” —, apesar disso, considera-se que os novos Tratados da OMPI “ajudam a clarificar a situação actual”, nomeadamente porque “tornaram claro que uma ‘comunicação pública’ para efeitos da legislação dos direitos de autor inclui a situação em que uma obra é colocada ao dispor do público (por exemplo, através de um sítio Web) de modo interactivo.” (*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*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997, pp. 21, 27).

A reconhecida importância dos novos Tratados OMPI impulsionou a Comissão¹ a, apresentar, em finais de 1997, uma nova iniciativa legislativa em matéria de direito de autor e direitos conexos: a Proposta 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.² Com efeito, baseando-se nos novos Tratados OMPI, a Proposta “adapta e complementa” o quadro jurídico existente “aos novos desafios da digitalização e do multimédia”, em ordem a permitir o bom funcionamento do mercado interno e proteger e estimular a criatividade, a inovação e o investimento na Comunidade, relativamente a “novos produtos e serviços que incluem propriedade industrial”, intervindo em quatro áreas prioritárias: o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção e o direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento.³

5. Assim, na sequência dos Tratados OMPI, está em discussão uma medida de harmonização destinada a implementá-los⁴, 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. Deste modo, temos um direito de proibir o acesso e a protecção jurídica das medidas tecnológicas que reforçam esse direito⁵, bem como das medidas destinadas à gestão de direitos.

¹ Consagrando o “método de abordagem adoptado”, designadamente em termos de “prioridades e meios de acção escolhidos”, na Comunicação *Seguimento do Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(96) 568 final, 20.11.1996. Para os novos Tratados OMPI entrarem “rapidamente em vigor”, a Comissão apresentou uma Proposta de Decisão do Conselho que autoriza a assinatura, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da OMPI sobre o direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas COM(97), 193 final, 06.05.1997.

² COM(97) 628 final, 10.12.1997, p. 2-3.

³ Outros assuntos tratados no Livro Verde de 1995, como sejam o direito aplicável, o direito de radiodifusão digital, o direito moral e a gestão de direitos, não foram incluídos no âmbito da Proposta, por exigirem, nos termos do Seguimento, “uma maior reflexão e/ou novas iniciativas antes de ser possível tomar decisões”. Questões estas que, de um modo geral, não são, também, objecto de resposta nos Tratados OMPI.

⁴ 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 o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998; veja-se também, no direito comparado, Flechsig, Reinbothe, Dietz, ZUM 1998, p. 139, p. 429, p. 438.

⁵ Veja-se já no direito interno o art. 19.º do DL 122/2000 de 4 de Julho (“2 - Podem igualmente ser objecto de apreensão os dispositivos em comercialização que tenham por finalidade exclusiva facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer salvaguarda técnica eventualmente colocada para proteger uma base de dados”). Protecção esta reforçada pelo regime instituído pela Directiva n.º 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. A exposição do mercado destes serviços ao risco da pirataria justificou a sua protecção jurídica, em vista do desenvolvimento igualmente célere da “pirataria”: um sector paralelo e rentável em que são fabricados e comercializados dispositivos que permitem o acesso não autorizado a esses serviços, estando actualmente a ser utilizados para a comercialização desses dispositivos publicações especializadas e uma série de locais na Internet, e assistindo-se também ao desenvolvimento de um mercado de serviços pós venda para assegurar a manutenção dos referidos dispositivos (cfr. *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno*, Livro Verde da Comunicação, COM(96) 76 final). Os serviços de acesso condicional 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 áudio 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

Mas isto levanta uma série de questões, em especial quando a base de dados é constituída pura e simplesmente por informações do domínio público. Hoje está em causa a noção de domínio público. Com este direito *sui generis*, que se renova automaticamente com a realização de um investimento substancial na (re)produção da base, o domínio público parece desaparecer. Em especial se atendermos ao regime a que inclusivamente os utilizadores legítimos estarão sujeitos, no que respeita aos actos de extracção e re-utilização do conteúdo das bases de dados.

Em vista destas considerações, parece-nos que se deverá moderar os contornos mais extremos do direito *sui generis* do produtor de bases de dados para actos de extracção e re-utilização relativos à exploração económico-mercantil desses conteúdos informativos, de modo a que ao utilizador final — afinal de contas, o cidadão da Sociedade da Informação — não fique reservada a figura do potencial parasita ou do sabotador do investimento.

III. Direito de Acesso a Bases de Dados de Órgãos Públicos

1. O acesso a uma base de dados de órgãos públicos destina-se, em princípio, a aceder aos documentos da Administração contidos nessa base. Assim, o regime de acesso aos documentos da administração será considerado no problema do acesso às bases de dados de órgãos públicos. Interessa, para já, analisar a problemática em discussão a nível comunitário.

No Livro Verde relativo à Informação do Sector Público, a Comissão pronunciou-se no sentido de que a existência de um direito de acesso não significaria acesso automaticamente ilimitado e incondicional à informação do sector público.

Para começar, nas legislações nacionais, segundo a Directiva 90/313/CE, o direito de acesso estaria sujeito a diversas excepções, fosse no interesse do Estado (por ex., por motivos de segurança nacional), fosse no interesse de terceiros (por ex., privacidade, propriedade intelectual, sigilo comercial, procedimentos judiciais), fosse como salvaguarda do processo de tomada de decisões (por ex., informação de uso interno), fosse para evitar custos ou carga de trabalho excessivos às administrações competentes (por ex., informação já publicada ou pedidos exorbitantes).

Depois, embora nos Estados-membros, regra geral, não fosse necessário provar a existência de um interesse no acesso à informação do sector público, já esse acesso seria condicionado em termos de tempo, quantidade e formato da informação à qual se pretende aceder. Em ordem a facilitar o acesso são considerados, a este propósito, alguns instrumentos práticos, em especial mecanismos de pesquisa fáceis de usar através da criação de meta-dados e guias. Além disso, o preço seria também um factor de condicionamento do acesso. Tem-se em conta que estes variam muito de um Estado Membro para outro e em diferentes organismos públicos no mesmo Estado Membro. Segundo a orientação da Comissão, as políticas de preços poderiam variar consoante a natureza da informação, devendo ser fixado um preço que traduzisse os custos de preparação e comunicação ao sector privado, mas que não incluísse necessariamente o custo total da administração de rotina, e podendo o

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 os prejuízos sofridos pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude ao 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.

preço ser reduzido se a prestação do serviço fosse necessária em prol do interesse público¹. A orientação prevalecente teria em conta: o interesse de acesso, a custo razoável, para todos (1); o interesse do potencial de exploração (2); a concorrência leal (3).

Por outro lado, no contexto das regras aplicáveis aos auxílios estaduais, considera-se que os fornecedores públicos de informação estariam, em determinadas circunstâncias, em concorrência com o sector privado. Para efeitos de política da concorrência distingue-se entre a informação que não existe noutra fonte, que deve ser disponibilizada em condições razoáveis numa base de orientação ditada pelo custo², e a informação disponível noutras fontes à qual se poderão aplicar os preços de mercado³. Em sede de contratos públicos, as regras da concorrência aplicar-se-iam, ainda, por um lado, aos contratos de edição quando a instituição pública paga ou subsidia a publicação (art. 92.º) e, por outro, aos contratos de distribuição nos casos em que haja limitações ao número de distribuidores, a fim de atingir determinados objectivos, por exemplo, uma determinada cobertura geográfica (art. 85.º).

2. A nosso ver, parece claro que, em princípio, qualquer cidadão deverá ter o direito de acesso à informação do sector público. Não obstante, na regulamentação deste direito interessa atender a interesses de diversa natureza. Com efeito, a existência de um direito de acesso não significará acesso automaticamente ilimitado e incondicional à informação do sector público.

Por um lado, deverão ser respeitadas certas excepções ao direito de acesso. Em especial, são de referir as matérias de segredo de Estado e segredo de justiça (incluindo o segredo no processo de decisão), segredo pessoal, segredo empresarial. Estas matérias deveriam ser deixadas ao arbítrio dos Estados-membros, ressalvando as directivas existentes, como a relativa a dados pessoais. A confidencialidade da informação pode justificar excepções ao direito de acesso à informação do sector público. A confidencialidade da informação poderá revestir, principalmente, três tipos: o segredo de estado, o segredo pessoal e o segredo empresarial.

Primeiro, o segredo de estado fundamentará a qualificação de certas informações como confidenciais, em termos de ser legítimo determinar o círculo de pessoas que podem ter acesso a essa informação. Na sua base estarão razões de segurança nacional e outras da mesma natureza; o mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o Segredo de Justiça.

Segundo, a protecção da reserva de intimidade ou, de um modo mais geral, a tutela da privacidade, justificam a confidencialidade de informação produzida por organismos do sector público. Trata-se da excepção de segredo pessoal. Nesse sentido, o acesso a informação do sector público que contenha dados pessoais deverá respeitar, nos quadros da Constituição (art. 35.º), os termos da Lei da Protecção de Dados Pessoais⁴ complementada pela Lei da Privacidade nas Telecomunicações⁵ e

¹ A pesquisa, reprodução e revisão da informação constituiriam os únicos custos previstos pela lei estadunidense.

² A chamada doutrina das infra-estruturas essenciais.

³ Segundo o princípio da diversidade.

⁴ Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁵ Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 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.

certos regimes especiais¹. Com efeito, grande parte da informação contida nas bases de dados dos órgãos públicos refere-se ou permite a identificação de indivíduos, isto é, a informação das bases de dados de órgãos públicos abrange muitos e diversos tipos de dados pessoais. Tenham-se em mente, por exemplo, os dados demográficos e geográficos, contas bancárias, registos de veículos e crédito, informações médicas, emprego, segurança social, etc.

Terceiro, embora o segredo empresarial possa integrar a informação do sector público, o direito de acesso não deverá ter lugar neste domínio. Isso mesmo resultava já antes da Lei, dispondo que os interessados não têm o direito de consultar processos que contenham documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica².

Quarto, será ainda de ponderar uma cláusula do razoável. Com efeito, relativamente a uma excepção destinada a evitar apenas custos ou cargas de trabalho excessivos aos organismos competentes, sentimos algumas dúvidas quanto a tratar-se de uma excepção proprio sensu. Melhor seria, porventura, substituí-la mediante uma cláusula do razoável, nos termos da qual o acesso à informação poderia ser recusado em virtude da irrazoabilidade do pedido. A concretização casuística desta cláusula do razoável ficaria para a jurisprudência. Em alternativa, poder-se-ia não consagrar uma excepção destinada apenas a evitar custos ou cargas de trabalho excessivos aos organismos competentes, regulando-se o problema no quadro das condições de acesso. Assim, o acesso à informação não poderia ser recusado em razão, por exemplo, do trabalho e custos exigidos na recolha e revisão da informação pretendida, mas caberia ao organismo competente regular os termos de prestação dessa informação na relação quantidade-tempo-preço em função das suas possibilidades de serviço. Esta segunda via parece coadunar-se melhor com o princípio do acesso universal à informação do sector público, o qual permite o condicionamento do acesso à informação e exige a presença de um outro valor de ponderação capaz de justificar uma sua excepção.

Depois, a regulamentação das condições de acesso abrange ainda outros factores como a natureza do suporte, a implementação de mecanismos de pesquisa e meta-dados e guias de informação, e os preços.

Primeiro, relativamente à natureza do suporte, faz sentido que o regime de acesso à informação do sector público varie consoante a informação se encontre apenas em suporte analógico ou já em suporte electrónico. Com efeito, no primeiro caso, justificar-se-á a existência de um limite de tempo. Porém, no segundo caso, isto é, em forma electrónica, não se justificará, em princípio, qualquer prazo de entrega da informação nem a limitação do seu conteúdo, seja em formato final ou em bruto, que não sejam os decorrentes do próprio funcionamento dos organismos competentes. Assim, por exemplo, se um determinado organismo dispõe de um “quiosque multimedia” com toda a informação

¹ Decreto-Lei n.º 309/98 de 14 de Outubro (regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna no âmbito da actividade de segurança privada); Lei n.º 62/99 de 2 de Março (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos em matéria de identificação criminal e de contumazes da Direcção-Geral de Serviços Judiciários); Decreto-Lei n.º 352/99 de 3 de Setembro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária); Decreto-Lei n.º 395/99 de 13 de Outubro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra).

² Cfr. art. 62.º, 1, Código de Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro). A previsão desta norma não se limita, aliás, ao segredo empresarial, abrangendo também todos os documentos classificados pela administração.

produzida no exercício das suas funções e se esse “quiosque” por razões de segurança se encontra situado no interior das instalações do organismo, então o acesso à informação que contém ficará limitado ao horário de funcionamento desse organismo. Porém, com a digitalização da informação do sector público torna-se possível, e agora obrigatório por força da referida Resolução do Conselho, o seu acesso à distância por via electrónica na Internet. Aos “quiosques multimedia” seguir-se-ão as bases de dados electrónicas acessíveis ao público em rede, no momento e local individualmente escolhidos por cada utilizador, sendo este factor, a nosso ver, decisivo na concretização do acesso à informação do sector público na Sociedade da Informação.

Segundo, a implementação de mecanismos de pesquisa, metadados e guias permitirá a optimização da acessibilidade da informação pública sob forma digital na Internet. Com efeito, será necessário implementar mecanismos de pesquisa fáceis de usar em coordenação com a criação de metadados e guias de classificação e gestão da massa de informação. Os mecanismos de pesquisa deverão ser desenvolvidos em termos de interoperabilidade com os metadados e guias de classificação, e vice versa¹. A questão de quais os mecanismos de pesquisa e do conteúdo dos metadados e guias é uma questão técnica que deverá ser orientada, num quadro de eficiência tecnológica, pelas necessidades dos utentes da informação.

Terceiro, o preço de acesso à informação será também um factor condicionante do acesso à informação do sector público. Em conformidade com a linha de orientação da Comissão, segundo a qual a existência de um direito de acesso não significa acesso automaticamente ilimitado e incondicional à informação do sector público, justifica-se a cobrança de preços pela informação prestada, isto é, que a informação seja disponibilizada a título oneroso. Não obstante, os preços a praticar deverão respeitar o princípio do acesso universal à informação do sector público. Nesse sentido, estes preços deverão permitir o acesso para todos à informação do sector público. Todavia, na fixação destes preços deverão ser considerados os interesses de outros agentes, em especial as empresas de conteúdos informativos. A informação do sector público apresenta um elevado potencial de exploração para estas empresas. Nesse sentido, o seu custo deverá ser razoável, em termos de não prejudicar o potencial de exploração pelas empresas de conteúdos.

Quarto, a problemática da fixação dos preços prende-se directamente com a questão da intervenção directa dos organismos públicos no mercado como prestadores de informação. Em abstracto, nada parece obstar a que os organismos públicos possam intervir directamente no mercado. De igual modo, deverão poder contratar a edição e a distribuição da informação a empresas de conteúdos informativos, promovendo a chamada indústria da informação. Estas empresas, por seu turno, poderão ser consideradas, em certos termos, empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, sem que isso afecte necessariamente de maneira contrária aos interesses da Comunidade o desenvolvimento das trocas comerciais. Por outro lado, contudo, as empresas concessionárias do fornecimento da informação do sector público deverão, por razões de concorrência, permitir o acesso a dados que não existam noutras fontes segundo o custo de recolha,

¹ Veja-se a este respeito a Decisão n.º 1719/1999/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de orientações, incluindo a identificação de projectos de interesse comum, respeitantes a redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (ID), e a Decisão n.º 1720/1999/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para intercâmbio de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

reprodução e revisão (*doutrina das infra-estruturas essenciais*), podendo apenas praticar preços de mercado em relação a informação disponível noutras fontes (*princípio da diversidade*).

3. . O acesso a uma base de dados de órgãos públicos destina-se, em princípio, a aceder aos documentos da Administração contidos nessa base. Ora, entre nós, o acesso aos documentos da Administração é objecto de um regime próprio¹. Nos termos deste regime, sucintamente, por documentos da administração entendem-se todos os documentos relativos a actividades desenvolvidas, e que têm origem ou são detidos, por órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, órgãos dos institutos públicos e das associações públicas e órgãos das autarquias locais, suas associações e federações e outras entidades no exercício de poderes de autoridade, nos termos da lei. Aos documentos da administração juntam-se, para efeitos de regime, os documentos em poder de organismos que exerçam responsabilidades públicas em matéria ambiental sob o controlo da Administração Pública².

O acesso aos documentos da administração é regulado pelo princípio da Administração Aberta, nos termos do qual o acesso dos cidadãos aos documentos administrativos é assegurado pela Administração Pública de acordo com os princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade. Trata-se, por outras palavras, do princípio do acesso universal à informação do sector público contida nos documentos da administração sujeitos a este regime legal. Além disso, o direito de acesso aos documentos administrativos abrange não apenas o direito de obter a sua reprodução, mas também o direito de ser informado sobre a sua existência e conteúdo; sendo que o exercício, a todo o tempo, do direito de acesso a documentos administrativos que tenham sido objecto de depósito em arquivo não é prejudicado por tal facto.³

O princípio da liberdade de acesso é formulado em termos amplos e traduz-se na consagração de um direito de acesso em favor de todos os cidadãos. Porém, não se trata de um direito ilimitado nem incondicional.

Primeiro, o acesso a documentos da administração pode ser recusado por razões de segurança interna e externa, por razões de segredo de justiça, ou por razões de segredo empresarial⁴.

Segundo, consagra-se o direito de todos à informação mediante acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo. A hipótese desta norma é recortada pelas definições de documentos administrativos e documentos nominativos, sendo estes últimos os que contêm dados pessoais. A distinção releva na medida em que o direito de acesso de todos vale apenas para os documentos administrativos não nominativos. Com efeito, aos documentos nominativos só podem ter acesso a pessoa a quem os dados digam respeito, bem como a terceiros que daquela obtenham autorização escrita ou que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo⁵. A protecção jurídica dos dados pessoais foi objecto de harmonização comunitária europeia através da Directiva Dados

¹ Lei n.º 63/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e, recentemente, pela Lei 94/99, de 16 de Julho (LADA). Veja-se também os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, definidos pelo Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, especialmente arts. 25.º (comunicações informáticas), 26.º (correio electrónico), e art. 47.º (sistema INFOCID).

² LADA, art. 2.º, 1, e art. 3.º.

³ LADA, art. 1.º, art. 7.º, 2 e 3.

⁴ LADA, arts. 5.º, 6.º, 10.º, 1.

⁵ LADA, arts. 7.º, 1, 4.º, 8.º.

Pessoais¹. No entender da Comissão, esta Directiva² consagrou regras vinculativas para os sectores público e privado, tendo alcançado o equilíbrio necessário entre o princípio do acesso à informação do sector público e a protecção dos dados pessoais. Especial relevo assumem os dados estatísticos, em que o princípio vigente reforçaria o nível de protecção dos dados. O princípio do sigilo estatístico impede não só o acesso de quaisquer outros utilizadores privados, como também a transmissão de dados confidenciais a outros organismos administrativos, além dos institutos de estatística. Assim, a Directiva sobre protecção de dados pessoais terá consagrado regras vinculativas para os sectores público e privado em termos de encontrar o necessário equilíbrio entre o princípio do acesso à informação do sector público e a protecção dos dados pessoais³. A regulamentação da protecção de dados pessoais deverá ser plenamente observada em caso de dados pessoais controlados pelo sector público⁴, tanto mais que o advento da sociedade da informação traz novos riscos para a privacidade pessoal se os registos públicos passarem a estar acessíveis electronicamente em linha na Internet e em grandes quantidades.

Terceiro, o acesso a documentos constantes de processos não concluídos ou a documentos preparatórios de uma decisão é diferido até à tomada da decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração⁵.

Por outro lado, o exercício do direito de acesso é também objecto de regulamentação quanto à forma do pedido, ao modo de acesso e ao preço, ao prazo de resposta da Administração⁶, sendo previstas regras de controlo do exercício do direito.

Primeiro, para ter acesso aos documentos é necessário um requerimento por escrito, isto é, exige-se um requerimento de acesso formalizado por escrito.

¹ Directiva n.º 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Sobre esta Directiva poderá ver-se, especialmente, Ehmann/Helfrich, *EG-Datenschutzrichtlinie - Kurzkomentar*, Köln: O. Schmidt, 1999; Dammanann/Simitis, *EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar*, Baden-Baden, 1997; Ehmann/Helfrich/Zimmer-Helfrich (Hrsg.), *Die EG-Datenschutzrichtlinie*, Köln, 1996; HEYMANN, THOMAS (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, 1995; Heredero Higuera, *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, Pamplona: Aranzadi, 1997; Simitis, *Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz* / Kilian, *Europäisches Datenschutzrecht — Persönlichkeitsrecht und Binnenmarkt*, in M.-T. Tinnefeld / L. Phillips / S. Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden, 1995.

² Transposta pela Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro. Os dados pessoais são definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»), sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

³ O tratamento dos chamados dados sensíveis, apesar de proibido em vias de princípio, é objecto de várias excepções.

⁴ Para além Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados) e do 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 n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997), vejam-se também os diplomas especiais: Decreto-Lei n.º 309/98 de 14 de Outubro (regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna no âmbito da actividade de segurança privada); Lei n.º 62/99 de 2 de Março (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos em matéria de identificação criminal e de contumazes da Direcção-Geral de Serviços Judiciários); Decreto-Lei n.º 352/99 de 3 de Setembro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária); Decreto-Lei n.º 395/99 de 13 de Outubro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra).

⁵ LADA, art. 7.º, 4.

⁶ LADA, arts. 13.º a 15.º.

Segundo, o acesso aos documentos pode exercer-se, seja por consulta gratuita nos serviços que os detêm, seja por reprodução por fotocópia ou por qualquer outro meio técnico, seja mediante passagem de certidão pelos serviços competentes. Em caso de reprodução, a pessoa que a solicitar deverá pagar o encargo estritamente correspondente ao custo dos materiais usados e do serviço prestado, a fixar por acto normativo. Porém, se a reprodução por meio técnico puder prejudicar a conservação do documento, o interessado poderá apenas promover a cópia manual do documento ou a reprodução por qualquer outro meio que não prejudique a sua conservação, a expensas suas e sob a direcção do serviço detentor.¹

Terceiro, a resposta da entidade administrativa a quem foi dirigido o requerimento de acesso a um documento deve ser dada no prazo de 10 dias. Nessa resposta deverá, nomeadamente, indicar as razões da recusa do acesso ao documento pretendido, ou comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, a reprodução ou obter a certidão.

No que respeita ao controlo do exercício do direito de acesso, é previsto um direito de queixa dos interessados junto da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), para os casos de recusa expressa, falta de decisão ou decisão limitadora do direito de acesso. Esta Comissão, para além de apreciar estas queixas, tem ainda outras competências, como sejam pronunciar-se sobre o acesso a documentos nominativos e, de um modo geral, zelar pelo cumprimento da Lei do Acesso aos Documentos da Administração.²

Para terminar, o regime do acesso aos documentos da administração prevê também regras quanto à utilização das informações obtidas mediante acesso aos documentos. Por um lado, veda a utilização de informações que se traduz em violação dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial, bem como os actos de reprodução, difusão e utilização dos documentos e respectivas informações que possam configurar práticas de concorrência desleal. Por outro lado, proíbe a utilização de dados pessoais comunicados a terceiros para fins diversos dos que determinaram o acesso.³

4. Este regime regula essencialmente o acesso fora de linha aos documentos da administração. Contempla, é verdade, os documentos informatizados, dispondo que deverão ser transmitidos em forma inteligível para qualquer pessoa e em termos rigorosamente correspondentes ao conteúdo do registo. Porém, o regime actual do acesso aos documentos da administração não parece disciplinar, em termos sistemáticos, a problemática do acesso e exploração na Internet das bases de dados de órgãos públicos.

A corroborar esta interpretação do âmbito do regime de acesso aos documentos da administração está o facto de recentemente terem sido adoptadas medidas destinadas a regular especificamente esta problemática.

Por um lado, em ordem a promover o acesso em linha a bases de dados de órgãos públicos, foi tornado obrigatório para as direcções-gerais e serviços equiparados, bem como para os institutos públicos, a disponibilização em formato digital na Internet de toda a informação que seja objecto de

¹ Em caso de documentos informatizados, estes deverão ser transmitidos em forma inteligível para qualquer pessoa e em termos rigorosamente correspondentes aos do conteúdo do registo.

² LADA, arts. 16.º, 18.º 20.º.

³ LADA, art. 10.º (uso ilegítimo).

publicação em papel.¹ Acrescenta, ainda, que esta disponibilização pode ser feita a título gratuito ou oneroso, e deverá ser efectuada em respeito pelos direitos de propriedade intelectual. Além disso, prescreve um dever de implementação de mecanismos de pesquisa de fácil utilização, de modo a que a informação seja apresentada de forma clara e possa ser facilmente acedida e consultada. No que respeita à utilização da informação pelo público, dispõe que, em princípio, a informação disponibilizada poderá ser livremente utilizada pelo público, desde que se faça menção da respectiva fonte.

Seguiu-se uma outra Resolução², que veio prescrever que a disponibilização da informação do sector público deverá permitir o acesso e utilização pelos cidadãos com necessidades especiais, em termos de abranger, no mínimo, a informação relevante para a compreensão dos conteúdos e para a sua utilização³.

Estas medidas apontam também no sentido do princípio da universalidade do acesso à informação do sector público no ambiente digital em rede. Porém, trata-se de normas especiais em face do regime geral do acesso aos documentos da administração. Além disso, constituem directrizes de carácter geral, que deverão ser densificadas segundo os tópicos atrás discutidos.

IV. Responsabilidade dos Prestadores de Informação

1. Relativamente ao problema da responsabilidade legal, o Livro Verde da Comissão pronuncia-se em sentido favorável à responsabilização dos organismos públicos. Com efeito, sustenta-se que se o organismo público facultar informação directamente a alguém que a solicite, esse organismo deverá ser responsável de acordo com as respectivas leis nacionais por quaisquer danos causados ao cidadão em questão. A responsabilização dos organismos públicos fornecedores de informação é justificada de modo a induzir o sector público a praticar uma política de informação mais cautelosa.

Em harmonia com a orientação da Comissão, sustentamos que a clarificação das questões relativas à responsabilidade legal poderá ter um impacto positivo no acesso e na exploração da informação do sector público, obrigando a praticar uma política mais cautelosa. Além disso, a clarificação dos termos de responsabilidade dos prestadores de informação do sector público poderá projectar-se em sede de preços, justificando a inclusão dos custos de revisão no preço de fornecimento da informação.

Concordamos, de igual modo, que o organismo poderá limitar contratualmente a sua responsabilidade pelos danos causados pela informação deficiente, quando tenha concedido a sua exploração a uma empresa de conteúdos. Não lhe seria imputável uma culpa *in vigilando*. Parece-nos, contudo, que, quando não apenas o organismo público mas também a concessionária privada forneçam directamente informação deficiente ao utilizador final, deverão, quer um, quer outro, consoante o caso, ser responsáveis, em termos gerais, por essa informação defeituosa, e não apenas o organismo público.

¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99

² Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, que Cria a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais na Sociedade da Informação e aprova o respectivo Documento Orientador.

³ Assim, por exemplo, a informação deverá ser apresentada em termos de a sua obtenção e pesquisa poder ser efectuada através de interfaces auditivos, visuais ou tácteis.

2. Por outro lado, interessa considerar a responsabilidade por informação prestada em linha na Internet. De acordo com a Directiva sobre Comércio Electrónico¹, os prestadores de serviços em linha serão isentos de responsabilidade nos casos de actuarem como mero canal (*mere conduit*) e noutras formas de intermediários (por ex., os actos de *system caching*).² Com efeito, são estabelecidos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação quando desempenham apenas um papel de meros intermediários em relação a actos ilícitos praticados por outras pessoas. Trata-se dos casos em que as actividades se caracterizam pelas informações serem prestadas pelos destinatários do serviço (1) e de serem transmitidas ou armazenadas a pedido dos destinatários do serviço (2). Os limites de responsabilidade são fixados de forma horizontal, isto é, dizem respeito à responsabilidade por todos os tipos de actividades ilícitas em linha a que terceiros se dediquem (por ex., a pirataria em matéria de direitos de autor, a concorrência desleal, a publicidade enganosa).

São três os tipos de exoneração de responsabilidade: o simples transporte ou “mere conduit”, o “caching”, e a armazenagem em servidor (“hosting”)³. Relativamente ao primeiro (“mere conduit”), trata-se dos casos em que o prestador de serviços se limita a veicular as informações a terceiros (os destinatários do serviço), isto é, o prestador desempenha um papel passivo na transmissão das informações pelas redes de comunicações⁴. No segundo grupo de casos (“caching”), trata-se de actos de armazenagem temporária efectuados pelo prestador de serviços com o objectivo de aumentar o desempenho e a rapidez das redes digitais, não constituindo enquanto tal uma exploração autónoma da informação transmitida (“system caching”)⁵. Por último (“hosting”), é também limitada a responsabilidade em certas circunstâncias relativamente ao armazenamento das informações fornecidas pelos destinatários do serviço quando efectuada a pedido dos mesmos⁶.

Contudo, se o prestador tiver conhecimento efectivo, ou devesse ter, da actividade ilícita do utilizador do seu serviço, e não tomar rapidamente as medidas necessárias para retirar as informações correspondentes ou impossibilitar o acesso às mesmas, então não será exonerado de

¹ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

² Sobre esta matéria *vide*, por exemplo, VANDENBERGHE, European Perspectives, in SIEBER (ed.), Liability for On-Line Data Bank Services, p. 387; SIEBER, Haftung für Online-Datenbanken, in FIEDLER (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, p. 69; D’ORAZIO/ZENO-ZENCOVICH, Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici, DII 1990, p. 421; DUPUIS-TOUBOL/TONNELIER/LEMARCHAND, Responsabilité civile et Internet, JCP 1997, p. 640; KOCH, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, p. 193; WALDENBERGER, Zur zivilrechtlichen Verantwortung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 1997, p. 176; SCHAEFER/RASCH/BRAUN, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern, ZUM 1998, p. 451; MACMILLIAN/BLAKENEY, The Internet and Communications Carrier’s Copyright Liability, EIPR 1998, p. 52; LEHMANN, *Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienentwurf der EU Kommission*, ZUM 1999, p. 180; SPINDLER, *Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie*, MMR 1999, p. 199; Manuel Carneiro da Frada, «Vinho Novo em Odres Velhos»? A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos, ROA, 1999, II, p. 665.

³ Nos EUA, a Digital Millennium Copyright Act, de 28 de Outubro de 1998, prevê ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de localização de informação (“browsing”, “crawling”, “linking”). A Directiva sobre comércio electrónico remeteu estes casos para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Directiva (art. 21.º, 2).

⁴ O prestador não deverá tomar a decisão de efectuar essa transmissão, nem seleccionar os destinatários da transmissão, nem ainda seleccionar ou modificar as informações que são objecto de transmissão. Esta exoneração abrange também os actos de armazenagem intermédia e transitória tecnicamente necessários para aquela transmissão.

⁵ Para facilitar o ulterior acesso dos utilizadores à informação são realizadas cópias da informação colocada em linha e transmitida por terceiros, sendo essas cópias armazenadas de forma temporária no sistema ou na rede do operador.

⁶ Por ex., o fornecimento de um espaço servidor de um sítio na rede.

responsabilidade. Porém, não é imposta aos prestadores qualquer obrigação geral de verificar ou controlar activamente o conteúdo das informações de terceiros, embora as autoridades judiciais possam solicitar a um servidor que controle, por exemplo, um sítio específico num determinado período, a fim de impedir ou de combater uma determinada actividade ilícita.

3. A esta questão da responsabilidade pela prestação de serviços da sociedade da informação está ligada à problemática mais ampla do direito do comércio electrónico. Um destes aspectos interessa considerar aqui, a título complementar, e prende-se com o valor jurídico do documento electrónico e das assinaturas digitais¹. E importa referir a este propósito uma medida no direito português que obrigou as direcções-gerais e entidades equiparadas, bem como os institutos públicos, à disponibilização de correio electrónico para comunicação com os administrados; além disso, dispôs que a correspondência transmitida por via electrónica por essas entidades tem o mesmo valor que a trocada em suporte papel, devendo ser-lhe concedido idêntico tratamento pela Administração². Foram exceptuados apenas os efeitos que implicassem a assinatura ou a autenticação de documentos até ser adoptado diploma especial, então em preparação, destinado a regular a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos.

Esse diploma foi entretanto adoptado: trata-se do regime jurídico dos documentos electrónicos e assinaturas digitais³. Esta medida permitirá gerar um ambiente de confiança mais favorável às comunicações electrónicas pelas quais os organismos competentes prestem informação do sector público. Segue passos já antes dados noutros Estados⁴ e nas Nações Unidas⁵. Mais recentemente, foi aprovada a Directiva sobre as assinaturas electrónicas⁶.

V. Considerações Finais

1. Ao longo do caminho percorrido abordámos alguns aspectos da problemática jurídica das bases de dados de órgãos públicos. À semelhança e em diálogo com o Livro Verde da Comissão relativo à Informação do Sector Público, tratámos a problemática das bases de dados de órgãos públicos numa perspectiva horizontal.

Considerando o papel da informação do sector público como um recurso essencial, quer em matéria de cidadania europeia, quer no que respeita à promoção da indústria comunitária da informação, a Comissão defende a necessidade de um sistema eficiente para a Europa em matéria de acesso e exploração desta informação no quadro da constituição de um “quadro jurídico” para a Sociedade da Informação⁷. Para o efeito, trata diversas questões, que respeitam, ora à regulamentação do direito de acesso, seus requisitos e limites, ora à protecção da informação pública pelos direitos de autor, ora

¹ Sobre a questão *vide*, nomeadamente: ZAGAMI, *Firme «digitale», crittografia e validità del documento ellettronico*, DII 1996, p. 151; FINOCCHIARO, *Documento informatico e firma digitale*, CI 1998, p. 956; SCHUMACHER, *Digitale Signaturen in Deutschland, Europa und den U.S.A.*, CR 1998, p. 758; CAPRIOLI, *Sécurité et confiance dans le commerce électronique (signature numérique et autorité de certification)*, JCP 1998, p. 583; ROSSNAGEL, *Das Signaturgesetz nach Zwei Jahren*, NJW 1999, p. 1591.

² Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. Sobre este diploma *vide* 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, 2000.

⁴ Por exemplo, Estado Utah, Itália, Alemanha.

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

⁶ Directiva n.º 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

⁷ *Vide* Tettenborn, *Europäische Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft*, MMR, 1998, p. 18.

à protecção dos dados pessoais, ora à responsabilidade dos fornecedores desta informação. O objectivo do Livro Verde não é tratar definitivamente estas questões, mas antes lançar uma consulta pública aos interessados. Com base nessa consulta poderá resultar uma proposta de actuação da Comissão em questões específicas.

Do nosso tratamento desta problemática, concluímos que, na generalidade, o Livro Verde em referência é uma iniciativa de aplaudir, quer quanto ao objecto, quer quanto ao método. Com efeito, está ainda por ser feito um debate amplo e participado sobre a problemática do acesso e exploração da informação do sector público, a qual constituirá, certamente, um recurso essencial na chamada Sociedade da Informação. Depois, a abordagem horizontal das diversas questões permite identificar diversas categorias de interesses, cuja ponderação é necessária ao tratamento global do problema.

Todavia, o Livro Verde trata da problemática do acesso e exploração da informação do sector público na Sociedade da Informação, mas não revela nem pressupõe uma visão estruturada sobre o que é a Sociedade da Informação na Europa. O lema “Sociedade da Informação” tem animado várias acções da Comissão de há uns anos a esta parte¹. Na verdade, a construção da Sociedade da Informação surge como uma missão política prioritária neste limiar de milénio, ao mesmo tempo que se afirma a emergência da economia digital², em virtude da “informatização da sociedade e da economia” operada pela “revolução” das tecnologias da informação e da comunicação.³

¹ Vide, *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. O nomen “Sociedade da Informação” ter-se-á afirmado no Livro Branco da Comissão *Crescimento, Competitividade, Emprego — os desafios e as pistas para entrar no sec. XXI*, Luxemburgo, 1994, p. 113 ss. Por outro lado, a Comissão tem apresentado, em diversos domínios, vários documentos em torno da divisa Sociedade da Informação. Veja-se, *inter alia*: Plano de Acção da Comissão *A Via Europeia para a Sociedade da Informação - plano de acção*, COM(94) 347 final, 19.07.1994; Livro Branco da Comissão *Aprender na Sociedade da Informação — Plano de acção para uma iniciativa europeia no domínio da educação*, COM(96) 471, 02.10.1996; Livro Verde *Viver e trabalhar na Sociedade da Informação: prioridade à dimensão humana*, COM(96) 389, 22.07.1996; Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu *A Normalização e a Sociedade Global da Informação: a abordagem europeia*, COM(96) 359 final, 24.07.1996; Comunicação da Comissão *As Implicações da Sociedade da Informação nas Políticas da União Europeia — preparação das próximas etapas*, COM(96) 395, 24.07.1996; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre *A Sociedade da Informação: de Corfu a Dublin — as novas prioridades emergentes*, COM(96) 395, 24.0.1996; Comunicação da Comissão *Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, COM(96) 487 final, 16.10.1996; Comunicação da Comissão, *A Europa na vanguarda da Sociedade da Informação: Plano de Acção Evolutivo*, COM(94) 347, 19.07.1994.

² Cfr. *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

³ Vide 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; Negroponte, *Being Digital*, New York, 1995; Tapscott, *Economia Digital*, São Paulo, 1997; Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden, 1995. 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 (*Electronic Data Interchange*). Em vista disso, desenvolveram-se esforços internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio electrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos. 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. Com efeito, as redes electrónicas abertas, como a Internet, estão cada vez mais a ser utilizadas na nossa sociedade como plataforma para a comunicação, indicando todas as previsões indicam que “o comércio electrónico será um dos principais motores da sociedade global da informação. [...] Para aproveitar devidamente as oportunidades comerciais oferecidas pelas comunicações electrónicas através de redes abertas, há que estabelecer um ambiente mais seguro. As tecnologias criptográficas são amplamente reconhecidas como ferramentas essenciais para a segurança e a confiança nas redes abertas. Duas importantes aplicações de criptografia são as assinaturas e a cifragem.” (*Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997. Para mais desenvolvimentos sobre as “tecnologias robustas”

Porém, ainda não foi suficientemente clarificado o sentido da expressão Sociedade da Informação. Assim, a apregoada Sociedade da Informação corre o risco de ser um mero dogma protocolar que, como que por magia semântica, tudo justifica, não passando senão de um “slogan”¹. Pelo que, se a Comissão pretende tratar o problema da informação do sector público na Sociedade da Informação, deveria começar, desde logo, por dizer o que entende por Sociedade da Informação. De outro modo, a compreensão do sentido e alcance que se pretende imprimir ao lema Sociedade da Informação terá que ser extraída *a posteriori*, em função das linhas de orientação que se propugnam relativamente a cada questão. Donde decorre que a Sociedade da Informação, embora apareça como o macro-cosmos englobante, acaba por ser, afinal, um resultado fragmentário e eventual, ou melhor dito, um mero “a propósito”.

Na especialidade confirma-se esta apreciação. A análise das linhas de orientação propugnadas pela Comissão no Livro Verde mostra que, “a propósito” da Sociedade da Informação, o que está em causa é permitir às empresas de conteúdos informativos explorar a informação do sector público, como se de um qualquer outro recurso económico se tratasse. Nesse sentido, a Comissão apresenta implicitamente uma visão marcadamente economicista da Sociedade da Informação, sujeitando a exploração do bem-informação a uma lógica liberal de mercado. Lógica esta que, todavia, é orientada principalmente pelos interesses das empresas de conteúdos informativos. Consideremos alguns exemplos de posições adoptadas pela Comissão: a) em matéria de preços, propugna-se que deverão ser fixados em atenção ao interesse para todos a custo razoável, o qual, porém, não deverá afectar o interesse do potencial de exploração pelas empresas privadas, nem propiciar situações de concorrência desleal; b) ainda em matéria de preços, invoca-se o princípio da diversidade no sentido de permitir a prática de preços de mercado apenas à informação disponível noutras fontes; c) a sujeição dos contratos públicos de edição ou distribuição às regras da concorrência; d) a protecção da informação do sector público pelos direitos de autor; e) a responsabilização dos organismos públicos pela informação facultada. Destas linhas de orientação resultará um regime mais favorável às empresas de conteúdos informativos, as quais, acrescenta-se, poderão ser consideradas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.

Porém, a Sociedade da Informação não deverá ser obra apenas das empresas que operam no mercado na informação, nem reverter apenas em seu favor. É compreensível que a Comissão se preocupe fundamentalmente com as questões económicas e da concorrência, uma vez que lhe cabe velar pelo bom funcionamento do mercado interno. Em vista disto, a Sociedade da Informação parece ser construída a partir dos seus alicerces económicos.

Porém, a própria Comissão invoca a promoção da cidadania europeia e do exercício dos direitos emergentes dos Tratados como um dos objectivos a prosseguir pela regulamentação do acesso e

veja-se, por exemplo, o *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996). Por outro lado, a expansão da Internet como infra-estrutura global do comércio electrónico da sociedade da informação resulta do processo de convergência tecnológica das telecomunicações, do audiovisual e da informática. Insere-se também no quadro de liberalização dos mercados das telecomunicações e das tecnologias da informação. A eliminação dos estrangulamentos de capacidade de processamento e transmissão de dados, e a garantia da interoperabilidade num ambiente concorrencial surgem aqui como dois imperativos de ordem tecnológica (cfr. *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*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final).

¹ J. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Sociedade da Informação - Estudos Jurídicos*, APDI, Coimbra 1999, p. 11; Idem, *Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 167.

exploração da informação do sector público. Além disso, será importante não esquecer a importância do acesso a informação do sector público para fins sociais, como a educação, a investigação histórica e científica, a informação social, bem como o imperativo de atender a cidadãos com necessidade especiais não os excluindo da Sociedade da Informação.

A informação não é uma mercadoria qualquer como as outras, e numa sociedade livre decorre de um princípio fundamental a subsistência da liberdade de transmissão de informação¹. Para além de poder ser objecto de exploração comercial, a informação tem uma importância fundamental em termos sociais. Nesse sentido, o regime de acesso e exploração da informação do sector público não deverá cuidar apenas dos interesses das empresas que operam no mercado da informação, mas também do próprio interesse geral, ao serviço do qual estão as actividades, nomeadamente, de educação, de investigação científica, ou de informação social. O que fica dito é tanto mais importante quanto se considerar o direito *sui generis* dos produtores de bases de dados, que beneficiará as empresas de conteúdos informativos. No estado actual do direito comunitário, a protecção da informação do sector público pelos direitos de autor torna-se uma questão algo secundária em vista dos contornos daquele direito. Na verdade, “é o produtor, agora, quem ocupa directamente o primeiro plano”².

2. Para terminar, reconhecemos que a disparidade de regulamentações nacionais neste domínio poderá comprometer a criação de um mercado único da informação, o desenvolvimento da indústria europeia da informação, para além de entravar a realização de uma plena cidadania, política e económica, na União Europeia. Porém, não nos parece que seja indispensável, a curto prazo, a adopção de uma medida de natureza regulamentar, de modo a harmonizar a nível europeu o regime de acesso e exploração da informação do sector público. Parece-nos mais prudente, e em harmonia com o pilar da subsidiariedade, que o problema comece por ser tratado mediante uma recomendação aos Estados-membros no sentido de aproximarem as condições de acesso e exploração da informação do sector público.

A Comissão lança a hipótese da necessidade de adopção de uma medida de tipo regulamentar em ordem a harmonizar o regime jurídico da informação do sector público e, desse modo, criar um espaço europeu da informação pública. Porém, sentimos algumas reservas em sustentar uma medida legislativa de harmonização comunitária para regulamentar a informação do sector público. Concordamos com a adopção de iniciativas de ensino e formação, projectos-piloto e de demonstração, sensibilização para as fontes de informação existentes e troca de informação. Mas, temos dúvidas que, no actual estado da integração, a falta de transparência da informação do sector público na Europa constitua uma barreira importante para os cidadãos e empresas que pretendem exercer os direitos conferidos pelo Tratado CE e tirar partido das vantagens do mercado interno. De igual modo, é duvidoso que seja por causa de um eventual excesso de diferentes leis e práticas que a chamada indústria europeia da informação seja impedida de explorar na plenitude o potencial de informação da Europa.

Além disso, muitos dos domínios tratados foram já objecto de medidas de harmonização. Veja-se, por exemplo, a Directiva sobre Liberdade de Acesso à Informação em matéria de Ambiente, a Directiva sobre Protecção de Dados Pessoais ou a Directiva sobre a Protecção das Bases de Dados.

¹ Cfr. Zöllner, *Informationsordnung und Recht*, Berlin, 1990, p. 29.

² J. Oliveira Ascensão, *O Direito de Autor no Ciberespaço*, Separata de Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA IVRIDICA 40, Coimbra, 1999, p. 98.

Vale isto por dizer que a eventual adopção de uma medida de harmonização seria complementar em relação a vários domínios já cobertos por instrumentos normativos comunitários; domínios esses que tocam a problemática da informação do sector público.

Contudo, reconhecemos que a informação do sector público desempenha um papel fundamental na chamada Sociedade da Informação. A disparidade de regulamentações nacionais neste domínio poderá comprometer a criação de um mercado único da informação, o desenvolvimento da indústria europeia da informação, para além de entravar a realização de uma plena cidadania, política e económica, na União Europeia. Mas, parece-nos mais prudente, e em harmonia com o pilar da subsidiariedade, que o problema comece por ser tratado, a curto prazo, mediante uma recomendação aos Estados-membros no sentido de aproximarem as condições de acesso e exploração da informação do sector público.

Com efeito, o facto de os norte-americanos terem adoptado recentemente uma Lei Federal que regula esta matéria¹ não obriga os europeus a adoptarem um regime da mesma natureza até se justificar cabalmente a sua necessidade, adequação e proporcionalidade aos objectivos da União Europeia. Seria, portanto, recomendável que essa aproximação de regulamentações partisse dos Estados-membros, ao invés de serem obrigados a seguir a regulamentação vinda das instâncias, que, aliás, deveriam ser as primeiras a clarificar os termos do acesso à sua informação pelos cidadãos europeus². Para efeito, sustentamos a adopção, a curto prazo, de uma Recomendação aos Estados-membros no sentido da aproximação das suas regulamentações em matéria de informação do sector público segundo as linhas de orientação acima expostas.

¹ *Electronic Freedom of Information Act*, 1996.

² Neste sentido, foi recentemente apresentada uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

PATENTES DE SOFTWARE: SOBRE A PATENTEABILIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR *

§ 1. A Convenção de Munique (1973)

1. Em 1973, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia excluiu os programas de computador, enquanto tais, do objecto de patente¹. Esta solução fechou as portas da lei das patentes aos programas de computador, enquanto tais. Em alternativa, em razão do *numerus clausus*, ficou aberta a via da protecção pelos direitos de autor. Esta era, aliás, a tese sustentada por autores como Eugen Ulmer desde os anos sessenta.²

Nessa altura estavam a ser colhidos os primeiros frutos da cibernética. A utilização dos computadores não era ainda um fenómeno de massas, embora fosse já anunciada a informatização da sociedade e da economia.

Do outro lado do Atlântico estava em preparação a nova lei do *Copyright*, que seria adoptada em 1976. Os EUA não eram então Partes da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, que acabara de ser revista pelo Acto de Paris de 1971. A nova lei estadunidense não protegeria ainda os programas de computador como obras literárias pelo *Copyright*, por ter vencido o entendimento de que a questão carecia de melhor estudo pela CONTU.

Por outro lado, no plano internacional, a OMPI parecia inclinar-se em 1977 para uma terceira via de direitos de propriedade intelectual, tal como defendido por autores como Katayama. A protecção a conceder seria um misto híbrido de direitos de autor e de direitos de patente que atendesse à natureza híbrida do programa de computador. O programa de computador era então definido como um conjunto de instruções capaz, quando incorporado num meio legível por máquina, de levar uma máquina com capacidade de tratamento de informação a indicar ou executar uma função, tarefa ou resultado específico³.

2. Em 1980, porém, o legislador estadunidense, seguindo as recomendações da CONTU, decidiu proteger os programas de computador como obras literárias ao abrigo dos direitos de autor. Os interesses em conflito não se compadeciam com uma indefinição legal, exigindo que fosse clarificado que os programas de computador não eram bens livres, mas antes que constituíam objecto de direitos de exclusivo.

Na Europa, a porta do direito das patentes tinha sido fechada. Para serem protegidas neste espaço, restava às empresas como a IBM a protecção pelos direitos de autor. Além disso, esperava-se, porventura, que a qualificação dos programas de computador como obras literárias pudesse ser acolhida no seio das Convenções Internacionais sobre direitos de autor, de modo a que fossem assim protegidos em países como o Japão.

A via dos direitos de autor não seria, aliás, um mal menor. Esperava-se que através da proibição da reprodução, então definida no relatório da CONTU em termos amplíssimos, ficasse vedada a

* *Direito Industrial - I* (Almedina 2001: 385-429).

¹ Cfr. art. 52.º, 2-c, 3, da Convenção relativa à concessão de patentes europeias, de 5 de Outubro de 1973, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 42/92, de 31 de Março.

² Que defendia já então, de igual modo, a mesma protecção para as bases de dados electrónicas.

³ Próxima desta seria a definição de programa informático adoptada pela nossa Lei da Criminalidade Informática. Cfr. art. 2.º-c, Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

terceiros não apenas a utilização do código-fonte e do código-objecto dos programas, mas também, por essa via, o acesso aos algoritmos e à lógica dos programas.

Por outras palavras, a protecção pelos direitos de autor (*copyright*) permitiria o exclusivo da reprodução do programa, quer em código-objecto (expressão em linguagem binária) quer em código fonte (expressão em linguagem de programação, por exemplo, COBOL ou FORTRAN), ficando impedida, nessa medida, ao mesmo tempo, a descompilação dos programas com vista à obtenção das informações tecnológicas utilizadas para o seu desenvolvimento.

Além disso, a protecção pelos direitos de autor seria temporalmente mais ampla do que a permitida pelos direitos de patente, para além de ser obtida sem necessidade de formalidades que implicassem a *disclosure* do seu código genético, isto é, dos algoritmos e elementos lógicos (processos) codificados no programa.

Em suma, a protecção dos programas de computador pela lei do *Copyright* seria uma espécie de solução “dois em um”. Por via dos direitos de autor, particularmente do seu conceito de reprodução então definido em termos amplíssimos, proteger-se-ia não apenas a forma expressiva do programa, mas também o seu conteúdo ideativo-funcional.

§ 2. Consenso legal *versus* dissenso doutrinal

3. A solução do legislador estadunidense foi seguida pela generalidade dos países. Não deixa de ser significativo que no mesmo ano de 1985 quase todos os países do Grupo dos 7, como a Alemanha, a França, a Inglaterra e o Japão, tenham aberto as suas leis do direito de autor aos programas de computador.

O movimento alastrou a todo o mundo, gerando-se um admirável consenso legislativo em torno da questão, apesar do extremo dissenso entre os autores. Na verdade, no plano teórico existia apenas consenso quanto a considerar os programas de computador como coisas incorpóreas, devendo ser protegidos mediante a concessão de um direito exclusivo de exploração, a fim de recompensar o esforço do seu criador e de proteger os investimentos financeiros implicados na sua produção.

Porém, o problema estava em definir a qualificação dos programas de computador no quadro das coisas incorpóreas e, nessa medida, a natureza do direito exclusivo a conceder. E, nesta discussão afirmaram-se, fundamentalmente, duas teses.¹

¹ Cfr. o nosso *Contratos de 'Software'*, p. 16 e seg., 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: IJC, 1996. *Vide*: Ascensão, José de Oliveira, *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA, 1990, p. 69; Besarovic, Vesna, *La protection juridique des programmes d'ordinateur*, Lda 1987, p. 146; Dietz, Adolf, *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?*, UFITA 1989, p. 57; Dreier, Thomas, *Rechtsschutz von Computerprogrammen*, CR 1991, p. 577; Jehoram, Cohen, *Hybrids on the Borderline Between Copyright and Industrial Property Law*, RIDA 1992, p. 107; Florida, Giorgio, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, DII 1989, p. 71; Franceschelli, Vincenzo, *Computer, diritto e protezione giuridica del software*, Rdc 1986, p. 371; Lucas, André, *Les programmes d'ordinateur comme objet de droits intellectuels*, JCP 1982, p. 3081; *Tailoring Legal Protection for Computer Software*, Stanford LR 1987, p. 1329; Rebello, Luiz Francisco, *Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, *Memórias da Academia de Ciências de Lisboa*, XXIII, 1983, p. 201; Rogel Vide, Carlos, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Literaria*, RDP 1996, p. 699.

Entre numerosas monografias e obras colectivas sobre a protecção jurídica dos programas de computador, *vide*, nomeadamente: Alpa, Guido (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano: Giuffrè, 1984; Bertrand, André, *La protection des logiciels*, Paris: PUF, 1994; Dworkin, Gerald, *Copyright, Patent or Sui Generis Protection for Computer Programs*, in Hansen, Hugh (ed.), *International Intellectual Property Law and Policy*, I, London: Sweet&Maxwell, 1996, p. 183; Goldstein, Paul (et al.), *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville: Yvon Blais, 1989; *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994 [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994]; Kessler, M., *Le logiciel, protection*

Por um lado, a tese segundo a qual os programas de computador deveriam qualificar-se como obras (do tipo, segundo o entendimento dominante, das obras literárias), a proteger pelos direitos de autor. Por outro lado, a tese de que os programas de computador seriam assimiláveis ao conceito de invenção, devendo, por isso, ser protegidos pelo direito das patentes.

4. A tese da protecção dos programas de computador em termos próximos ao direito das patentes apoiava-se, fundamentalmente, em três argumentos. Em primeiro lugar, a *raison d'être* essencialmente utilitária dos programas de computador, traduzida em permitir a uma máquina desempenhar certas funções e executar determinadas tarefas. Em segundo lugar, a função não comunicativa da linguagem de programação dos programas de computador, consistente na activação de impulsos eléctricos da máquina. Em terceiro lugar, a impossibilidade de cindir o conteúdo ideativo funcional dos programas de computador da sua forma expressiva, ou seja, a impossibilidade de neles separar o texto, código ou fórmula, das ideias, dos princípios, da lógica e dos algoritmos ou processos.

Este último argumento é fundamental para esta tese, uma vez que, incidindo os direitos de autor apenas sobre a forma expressiva da obra e não sobre o seu conteúdo ideativo funcional, e não sendo

juridique, Paris: Lavoisier, 1986; Lehmann, Michael (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993; Luzzatto, Ettore, *La crisi del 'software'*, in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano: Giuffrè, 1977, p. 719; Martino, Antonio (a cura di), *La tutela giuridica del software: aspettando l'Europa*, Firenze: Le Monnier, 1990; Millard, Charles, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, London: Sweet & Maxwell, 1985; Moritz, Hans-Werner / Tybussek, Barbara, *Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., München: Beck, 1992; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998; Robertson, Renald, *Legal Protection of Computer Software*, London: Longman, 1990; Santilli, Marina, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano: Giuffrè, 1988; Schaming, Bernard, *Le droit du logiciel*, Paris: Litec, 1990; Schroeder, Dirk, *Computer Software Protection and Semiconductor Chips*, London: Butterworths, 1990; Strowel, Alain / Triaille, Jean Paul, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Bruxelles: Bruylant, 1997; Toubol, Frédérique, *Le logiciel: analyse juridique*, Paris: LGDJ, 1986; Vivant, Michel (dir.), *La protection du logiciel en Europe*, Paris: Litec, 1989; Vivant, Michel (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris: Ellipses, 1997; Vivant, Michel, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris: Dalloz, 1995, p. 415. Veja-se também especificamente em sede de direitos de autor: Bertrand, André, *Las obras informáticas en el derecho de autor: razones e perspectivas*, in *Num Mundo Novo do Direito de Autor?*, I, p. 315; Nimmer, Raymond / Krathaus, Patricia, *Computer Software: Protection of Authorship and Technology*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1177. Barbosa, Denis Borges, *Logiciel et droit d'auteur: un mariage de déraison*, Lda 1988, p. 205; Blomquist, Jørgen, *Copyright and Software Protection*, RIDA 1992, p. 3; Brock, Fabrizio, *Sul software in relazione al diritto di autore con particolare riguardo al programma oggetto*, RIDA 1990, p. 421; Gaudrat, Philippe, *La protection des logiciels par le droit d'auteur*, RIDA 1988, p. 77; Yanager, Barron, *A Economic Analysis of Computer Software Copyright: a Welfare Model of Intellectual Property Rights*, CLJ 1991, p. 173.

Por outro lado, é uma questão recorrentemente tratada nas obras sobre direito da informática. Vide, nomeadamente: Bellefonds, Xavier Linant de, *L'Informatique et le Droit*, 3. éd., Paris: PUF, 1992; Bender, David, *Computer Law*, New York: Mathew-Bender, 1997; Bisbal, Joaquim / Viladas, Carlos (dir.), *Derecho y Tecnología*, Barcelona: Ariel, 1990; Borruso, Renato, *Computer e Diritto*. I. *Analisis giuridica del computer*, II. *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano: Giuffrè, 1988; Giannantonio, Ettore (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1998, I. *Legal Informatics*, Milano: Giuffrè Editore, 1991; Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação*, Coimbra: Almedina, 1994; Huet, Jérôme / Maisl, Herbert, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris: Litec, 1989; Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno, *Computerrechts-Handbuch*, München: Beck, 1991; Koch, Frank / Schnupp, Peter, *Software-Recht*, I, Berlin: Springer, 1991; Lloyd, Ian J., *Information Technology Law*, London: Butterworths, 1993; Lucas, André, *Droit de l'Informatique*, Paris: PUF, 1987; Martins, A. G. Lourenço, *Direito da informática*, II, Coimbra: polic., 1997; Rocha, Manuel Lopes, *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 695; Idem, *Do Direito da Informática em Geral ao Direito da Informática em Portugal (estudo introdutório)*, in *Direito da Informática. Legislação e Deontologia*, Lisboa: Cosmos, 1994, p. 38; Vivant, Michel / Le Stanc, Christian / Rapp, Lucien / Guibal, Michel, *Lamy droit informatique: informatique, télématique, reseaux* (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992.

possível operar aqui esta cisão, seriam violadas as fronteiras do âmbito teleológico de protecção do direito de autor. Por outras palavras, proteger os programas de computador pelo direito de autor equivaleria na prática a conceder-lhe uma protecção em tudo semelhante à protecção de que gozam as invenções pelo direito das patentes, sem, no entanto, se exigirem os respectivos requisitos materiais e formais de emissão.

Todavia, os requisitos de emissão de patente levaram esta orientação a abandonar as suas premissas originárias, segundo as quais os programas de computador deveriam qualificar-se como invenção e, por isso, proteger-se pelo direito das patentes, em virtude da sua *raison d'être* essencialmente utilitária e, sobretudo, por causa da servilidade e incindibilidade da sua forma expressiva ao seu conteúdo ideativo funcional. A essência dos programas de computador radicaria, portanto, no seu conteúdo ideativo funcional, ou seja, num processo, não sendo o texto do programa senão uma sua expressão obrigatória, e, por isso, servil. Pelo que os programas de computador deveriam ser qualificados como coisa incorpórea do tipo das invenções e, como tal, protegidos pelo direito das patentes.

Mas, na prática, a protecção pelo direito das patentes era problemática, atentos os requisitos materiais e formais exigidos pelo processo de concessão de patente. Em suma, deveria tratar-se de invenção nova resultante de actividade inventiva e susceptível de aplicação industrial, e sujeitar-se a registo. Acresce que a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia excluiu, expressamente, os programas de computador, enquanto tais, juntamente com outras ideias, do catálogo das invenções susceptíveis de protecção pelo direito das patentes. E, neste sentido, regulou, entre nós, o Código da Propriedade Industrial de 1995.

Em ordem a superar as dificuldades práticas e jurídicas da patenteabilidade dos programas de computador formou-se a tese da natureza *sui generis* do *software*, que teria uma natureza híbrida, seria uma espécie de *tertium genus* entre a invenção e a obra, enfim, uma incorporeidade *sui generis*, a qual deveria ser protegida por um regime também ele *sui generis*. Aliás, tal não seria novidade, uma vez que num domínio paralelo das tecnologias da informação, as topografias de produtos semicondutores, tinha já sido seguida essa via¹.

5. Por seu turno, a tese da protecção dos programas de computador pelos direitos de autor apoia-se, fundamentalmente, em quatro argumentos.

Em primeiro lugar, a *raison d'être* essencialmente utilitária do *software* não o excluiria do âmbito de protecção do direito de autor, porque, no prisma patrimonial, a obra não é protegida enquanto fonte de fruição estética ou artística, mas enquanto fonte de exploração económica.

Em segundo lugar, não seria certo que a linguagem dos textos dos programas não tivesse uma função comunicativa. Desde logo, seria inteligível aos programadores, nela exprimindo as suas ideias e princípios, bem como a lógica e os algoritmos que utilizam. Depois, porque permitiria aos utilizadores inter-comunicar com o programa.

Em terceiro lugar, a incindibilidade da forma expressiva do programa do seu conteúdo ideativo funcional seria algo *quod erat demonstrandum*, ou seja, tratar-se-ia de algo só em concreto susceptível de prova, não se podendo, ao invés, partir do princípio da não cindibilidade e, por isso, da servilidade da expressão ao processo ideativo. Tanto mais que os peritos seriam unânimes em afirmar

¹ No plano comunitário e nacional, *vide* Directiva n.º 87/54/CEE, do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, transposta para a nossa ordem jurídica interna pela Lei n.º 16/89, de 30 de Junho.

que um algoritmo pode ser implementado de modos diversos. Ou seja, fazendo fé nos peritos, dever-se-ia reconhecer aos programadores uma margem de liberdade na escrita dos programas de computador, a qual possibilitaria a sua originalidade.

De todo o modo, o direito de autor só protegeria a forma expressiva do programa, não já o seu conteúdo ideativo funcional, e na medida em que fosse original, isto é, na medida em que não fosse uma cópia do texto de outro programa e que exprimisse uma possibilidade de opção pelo programador.

Por último, aduz-se ainda uma outra razão de carácter geral, nos termos da qual a compreensão do direito de autor deveria ser dinâmica, no sentido de acompanhar a mutação histórica da realidade, em ordem a cumprir neste nosso tempo o seu designio de proteger as obras de engenho do espírito humano. Por outras palavras, o direito de autor não seria indiferente à realidade e intocável pela dinâmica histórica, devendo acompanhar as mudanças dessa realidade, dando resposta às exigências a que pudesse, pela função que desempenha, validamente atender. Ora, esse seria hoje o caso dos programas de computador, tal como fora ontem para uma vasta série de novas obras, como, por exemplo, as obras de arte aplicada e as obras audiovisuais.

6. Esta última orientação impôs-se na lei da generalidade dos países e, no plano internacional, o movimento culminou com a consagração da protecção dos programas de computador como obras literárias pelo direito de autor ao abrigo da Convenção de Berna.

Primeiro no Acordo ADPIC de 1994 e, segundo, mais recentemente, em Dezembro de 1996, no novo Tratado da OMPI sobre direito de autor.¹

¹ Cfr. art. 9.º, 2, do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994), Anexo IV ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), e art. 2.º, 4.º, Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor (Dezembro de 1996). Ao mesmo tempo, estes instrumentos internacionais esclareceram que a protecção do direito de autor abrange apenas as expressões, mas não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos, enquanto tais (Cfr. art. 10.º, 1, ADPIC; art. 4.º OMPI). Este princípio, cuja elaboração se deve especialmente à casuística dos EUA, tinha sido legalmente positivado em 1976 [vide USC § 102(b) *Copyright Act* (1976)].

Sobre as situações nacionais no direito comparado, e no plano internacional, vide, *inter alia*: Haberstumpf, Helmut, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, in Lehman (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 69; Ristuccia, Renzo / Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza (con 40 decisioni di giudici italiani)*, Padova: Cedam, 1990; Betten, Lieck, *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur en République fédérale d'Allemagne*, Lda 1986, p. 311; Franzoni, Mario / Sanctis, Giustino de, *L'opera dell'ingegno e l'invenzione si avvicinano: diritti morali e nuove tecnologie*, RDI 1994, p. 273; Karjala, Dennis / Sugiyama, Keiji, *Protection of Computer Programs under Japanese Copyright Law*, EIPR 1986, p. 105; Lehmann, Michael, *TRIPS/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, p. 2, Idem, *Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen in Europa*, EWS 1994, p. 293; Miyashita, Yoshiyuki, *International Protection of Computer Software*, CLJ 1991, p. 41; Raubenheimer, Andreas, *Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht*, CR 1994, p. 69; Rinaldi, Raffaella, *La tutela del software del d.lgs. n. 518/1992*, DII 1994, p. 259; Ristuccia, Renzo / Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, DII 1994, p. 232; Schachter, Roditi, *La protezione giuridica del software negli Stati Uniti*, Lda 1985, p. 171; Steckler, Brunhilde, *Legal Protection of Computer Programs under German Law*, EIPR 1994, p. 293; Strowel, Alain, *La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur sui generis*, RIDA 1995, p. 173; Sugiyama, Keisi / Kosins Jr., Marcus, *La solution japonaise de protection des programmes informatiques*, DIT 1/1986, p. 16; Tani, Yoshikazu, *Protection of Computer Software in Japan*, P&L 2/1996, p. 7; Veloso, José António, *La protección del software en Portugal*, DAT 1993, p. 14; Vivant, Michel, *Logiciel 94: tout un programme? Loi n° 94-361 du 10 mai 1994*, JCP 1994, p. 433; Welch, Judith J. / Anderson, Wayne L., *Copyright Protection of Computer Software in Japan*, CLJ 1991, p. 287; Zeno-Zencovich, Vincenzo, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, DII 1990, p. 77; *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Australia, Giappone, Gran Bretagna, Francia, Repubblica Federale di Germania e le prospettive di intervento legislativo in Italia*, Rdc 1987, I, p. 377.

§ 3. A adesão dos EUA à Convenção de Berna (1989) e a Directiva sobre programas de computador (1991)

7. Esta evolução no plano internacional não se deu sem que antes os EUA tivessem aderido à Convenção de Berna, em 1989. Mas, na generalidade, continuaram a não reconhecer o direito moral de autor em obediência à sua concepção do *Copyright*.

A adesão à Convenção de Berna tornara-se um imperativo de necessidade para os EUA. Só desse modo poderiam as suas empresas tirar pleno benefício desta plataforma de protecção internacional. Ao mesmo tempo, porém, conservariam intocada a sua concepção do *Copyright*, não reconhecendo o direito moral de autor, salvo em casos excepcionais.

Não obstante, a Convenção de Berna convertia-se, verdadeiramente, na magna carta do direito de autor, sendo que a redacção do Acto de Paris de 1971 se ficou a dever, em grande parte, a autores como Eugen Ulmer, que nela inscreveram uma concepção deste instituto jurídico cunhada por princípios humanistas de protecção da personalidade dos criadores literários e artísticos, por oposição a entendimentos estritamente mercantilistas dos direitos de autor.

8. Depois da adesão dos EUA à Convenção de Berna, a Comunidade Europeia adoptou em 1991 a Directiva sobre a protecção jurídica dos programas de computador. Sentiu-se, então, necessidade de clarificar que os programas de computador deveriam ser protegidos ao abrigo de direitos de autor considerando-os obras literárias na acepção da Convenção de Berna¹.

Com efeito, alguns Estados-membros resistiam ainda à decisão do legislador estadunidense. Foi o que se passou entre nós. Apesar de algumas vozes favoráveis à subsunção dos programas de computador à noção de obra literária do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, a

¹ Cfr. art. 1.º, 1, da Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Sobre a Directiva Programas de Computador, vide: Czarnota, Bridget / Hart, Robert, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London: Butterworths, 1991; Goldstein, Paul, *The EC Software Directive: a View from the United States*, in Lehmann/Tapper, *A Handbook of European Software Law*, p. 199; Jongen, Herald / Meijboom, Alfred (eds.), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer: Kluwer, 1993; Lehmann, Michael (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993; Lehmann, Michael / Tapper, Collin (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998; Idem, *Contratos de 'Software'*, in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996)*, Coimbra 1996; Sucker, Michael, *The Software Directive - Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 11. Entre numerosos artigos de revista, vide, nomeadamente, Dreier, Thomas, *The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs*, EIPR 1991, p. 319; Foglia, Renato, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, Foro 1993, p. 307; Franceschelli, Vincenzo, *La direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, RDI 1991, p. 169; Kroker, Erik Richard, *The Computer Software Directive and the Balance of Rights*, EIPR 1997, p. 247; *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, GRUR Int., 1991, p. 327; Moritz, Hans-Werner, *Die EG-Richtlinie vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen im Lichte der bestrebungen zur Harmonisierung des Urheberrechts*, GRUR Int. 1991, p. 697; Silva, Miguel Moura e, *Protecção de programas de computador na Comunidade Europeia*, DJ 1993, p. 253; Verstrynge, Jean-François, *Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan European Framework*, DIT 2/1992, p. 6; Vinje, Thomas, *Die EG-Rechtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, GRUR Int. 1992, p. 250 (<=> DIT 2/1992, p. 13); Vivant, Michel, *Le programme d'ordinateur au Pays des Musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP 1991, p. 485; Idem, *Ingénierie inverse, ingénierie perverse?*, JCP 1991, p. 56; Voss, Christopher, *The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community*, CLJ 1992, p. 441; Wiebe, Andreas, *European Copyright Protection of Software from a German Perspective*, CL&P 1993, p. 79; Idem, *Reverse Engineering und Gemeinsschutz von Computerprogrammen*, CR 1992, p. 134; Zeno-Zencovich, Vincenzo, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, DII 1992, p. 25.

doutrina pronunciava-se então no sentido de que a “aproximação deve fazer-se com as patentes, e não com o direito de autor.”¹

Por outro lado, a jurisprudência dos Estados-membros não era uniforme, mormente no que respeita ao nível de criatividade exigido para a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor. Decisões de referência são os casos “Inkasso-programm” e “Betriebssystem”, em que o BGH firmou o critério da “Überdurchschnittlichkeit”, nos termos do qual os elementos criativos existentes num programa de computador deveriam exceder significativamente o que faria em condições técnicas normais um programador médio.

§ 4. A descompilação

9. A directiva comunitária foi adoptada como solução provisória. No seu preâmbulo lê-se claramente que a decisão tomada é a tida necessária “numa primeira fase”². No estudo preparatório de 1988, admitia-se até que os programas de computador fossem protegidos por um direito conexo.

Mas, em abono da verdade, a directiva comunitária acabaria por ser bastante inovadora. Ao invés de se limitar a declarar a protecção dos programas de computador pelo direito de autor como obras literárias, a directiva definiu um regime especial de direitos de autor.

Assim, foram harmonizados tópicos como o objecto e o requisito de protecção pelos direitos de autor, a atribuição da titularidade dos direitos patrimoniais, o conteúdo positivo e negativo destes direitos, e a sua duração, entre outras questões.

Na definição do objecto e do conteúdo dos direitos, especial referência deve ser feita às regras da descompilação (art. 6.º). Porque na verdade o legislador comunitário não se limitou a regular direitos de autor, sendo antes uma lógica mais próxima do direito das patentes a que se desvela nesta sede.

Com efeito, permite excepcionalmente a reprodução e tradução do programa para fins de obter informações do seu código genético necessárias à interoperabilidade com outros programas. Estas informações consistem nos algoritmos e princípios lógicos codificados no programa. Enquanto tais terão sido excluídos do objecto dos direitos de autor, que incidem apenas sobre a forma de expressão desse conteúdo ideativo-funcional, tal como se dispõe no texto da directiva e longamente se justifica no preâmbulo³.

Porém, ao mesmo tempo, a directiva proibiu a utilização dessas informações para outros fins, independentemente de a sua utilização consistir em violações dos direitos de autor. Trata-se, na opinião da generalidade dos autores, de um direito *sui generis* enxertado num regime de direitos de autor. Direito este que é criação original do legislador comunitário.

¹ J. Oliveira Ascensão, *A Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, Revista da Ordem dos Advogados, 1990, p. 117. Talvez por entre nós também não haver consenso entre os autores tenha acabado por ser suprimida, aquando da aprovação em 1985 do nosso Código do Direito de Autor e dos Conexos, uma menção expressa aos programas de computador que constava do elenco das obras protegidas, tal como previsto no projecto final. Não obstante, a nossa jurisprudência acabaria por ser unânime em abranger o *software* na definição de obra constante do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, atenta a natureza exemplificativa da enumeração das espécies de obras referidas nas diversas alíneas do art. 2.º; defendendo esta solução, L. Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, Lisboa 1985, p. 45.

² Anuncia-se, agora, uma proposta de directiva que explorará a via das patentes. Cfr. Relatório da Comissão sobre a aplicação e os efeitos da Directive 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador, COM(2000) 199 final, 10.04.2000, p. 20.

³ É claro a este respeito o art. 10(3) da lei japonesa, ao excluir expressamente os algoritmos, as linguagens de programação e a lógica do âmbito de protecção dos direitos de autor relativamente aos programas de computador.

10. O círculo de proibição que institui não estará dependente, sequer, de uma apreciação da contrariedade do acto aos bons costumes da concorrência. Ou seja, na sua formulação, não se trata de um problema de concorrência desleal, nem sequer de uma violação de direitos de autor, mas antes, e apenas, de um novo direito de propriedade intelectual sobre informações de natureza tecnológica: os processos funcionais e métodos operativos em que se traduzem os algoritmos e princípios lógicos codificados no programa.¹

A instituição de um direito desta natureza destinado a proteger os processos codificados no programa corresponde a uma preocupação constatada nos estudos preparatórios da Comissão Europeia. “No que diz respeito ao carácter pouco adequado dos direitos de autor, houve de facto quem, na Europa, sugerisse recentemente que a protecção contra a reprodução é insuficiente e que seria necessário um verdadeiro direito de monopólio, semelhante a uma patente. Foi referido qu[e] as limitações dos direitos de autor, em especial o princípio de que protegem mais a forma sob a qual as ideias são expressas do que as próprias ideias, tornam esses direitos pouco adequados. A aplicação do princípio aos suportes lógicos leva a concluir que, embora os programas sejam protegidos, a lógica ou algoritmos subjacentes o não são. Desde que os conceitos básicos sejam expressos de diferentes maneiras, podem ser desenvolvidos outros programas para atingir os mesmos resultados. Tal facto levou alguns a proporem que se adoptasse uma nova forma de protecção, a par dos direitos de autor, que concedesse direitos exclusivos a novos algoritmos que envolvessem um passo inventivo. Essa protecção seria sob muitos aspectos análoga à protecção por patente, ficando dependente de registo e concedendo um monopólio efectivo por um período determinado da ordem dos 20 anos quanto aos algoritmos em questão.”²

Ora, atento o regime da descompilação, estas considerações sobre a adequação dos direitos de autor para protegerem os processos codificados nos programas não deixaram de ter acolhimento na directiva comunitária, traduzindo-se na instituição de um direito *sui generis* de utilização das informações tecnológicas para fins diferentes da interoperabilidade.

11. Assim, o legislador comunitário cobriu com um direito especial o que terá descoberto por via dos direitos de autor.

Nos EUA procurou alcançar-se a protecção do código genético do programa, pura e simplesmente, através dos direitos de autor, não permitindo a reprodução no quadro de operações de descompilação mesmo que necessária para fins de interoperabilidade. Na Europa abriu-se a excepção de descompilação em *ultima ratio*, não permitindo, porém, a utilização das informações tecnológicas assim obtidas para outros fins, ainda que não violadores de direitos de autor sobre o programa de computador.

Isto revela, portanto, que o regime da descompilação é informado por um princípio de promoção da concorrência, segundo uma lógica mais próxima do direito das patentes. Por outro lado, a directiva comunitária não pretendeu proteger os programas de computador em exclusividade, admitindo o cúmulo de protecções, nomeadamente, com o direito das patentes e dos segredos de comércio e indústria.

¹ Cfr. o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, § 52.

² *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia*, Livro Verde da Comissão, 1988, p. 176.

12. Posteriormente, a faculdade de descompilação acabaria por ser consagrada na casuística jurisprudencial dos EUA, segundo o princípio de *fair use*. “Atari v. Nintendo” e “Sega v. Accolade”, ambos de 1992, são dois casos precedentes de referência, em que se firmou a licitude da descompilação ou engenharia regressiva para fins de interoperabilidade em termos próximos à directiva comunitária.

Esta jurisprudência foi objecto de cerradas críticas, uma vez que geraria a desprotecção dos segredos de programação das empresas informáticas. Não obstante, a solução sairia reforçada pela recente lei deste país, que veio consagrar a licitude do contornamento do sistema técnico que impede o acesso ao código genético do programa no quadro de operações de descompilação para fins de interoperabilidade.¹

§ 5. A “espinha dorsal” dos programas de computador e a sua insuficiente cobertura pelos direitos de autor: a dicotomia ideia-expressão

13. Esta jurisprudência terá sido responsável pelo apelo que neste país se fez ao direito das patentes, desde então, para proteger os programas de computador. Basta pensar que, de 1300 em 1990, se passou para 13000 em 1997 no que respeita ao número de patentes emitidas nos EUA relativamente a programas de computador. Por assim dizer, o *copyright* ter-se-á começado a revelar insuficiente para proteger os programas de computador, por deixar a descoberto a sua espinha dorsal.

Mas, se esta jurisprudência se mostrou bastante incómoda para os interesses das empresas informáticas dominantes, outra se firmou que acabaria por se revelar “fatal” no que respeita a uma mudança de estratégia no sentido de privilegiar o direito das patentes.

Com efeito, numa série de casos, os tribunais dos EUA elaboraram critérios relativos à dicotomia ideia/expressão ou forma/conteúdo no âmbito dos programas de computador, partindo dos princípios vigentes para as restantes obras literárias. São de referir, especialmente, os casos “Whelan” (1986) “Lotus v. Paperback” (1990), “Computer Associates” (1992), “Lotus v. Borlan” (1992) e “Apple v. Microsoft” (1994).

No caso “Whelan Associates, Inc v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.” (1986), foi concedida protecção não só ao *look and feel*, mas também a elementos não literais como a “estrutura, sequência e organização” de um programa de computador, excluindo-a, no entanto, relativamente aos aspectos estritamente necessários à sua funcionalidade (ao seu conteúdo ideativo e funcional). Para o efeito, foram mobilizados critérios tradicionais das obras literárias, quais sejam a doutrina da fusão (*merger doctrine*) e a doutrina *scènes a faire*.

No caso *Lotus Development Corp. v. Paperback Software Internacional* (1990), este critério de distinção entre ideia e expressão seria reelaborado mediante a adopção da doutrina dos “níveis de abstracção”, distinguindo três passos para discernir a expressão tutelável:

- 1º o nível das ideias (o nível mais elevado de abstracção);
- 2º o nível dos elementos individualmente considerados essenciais à expressão das ideias, mobilizando aqui as doutrinas *merger* e *scènes a faire* já presentes no caso *Whelan*;
- 3º o nível de considerar se os restantes elementos considerados como tuteláveis constituem uma parte substancial da obra protegível pelo direito de autor.

¹ Cfr. Sec. 1201(f) *Digital Millennium Copyright Act*, de 28 de Outubro de 1998. Sobre esta lei pode ver-se o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD 1999, com mais indicações.

No caso *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* (1992), a dicotomia ideia-expressão nos programas de computador seria ainda mais apurada, adoptando-se como método o teste da “abstracção-filtragem-comparação”.

No primeiro grau — abstracção —, é utilizado o critério dos níveis de abstracção elaborado no caso *Paperback*, distinguindo-se, por ordem de crescente generalidade, os seguinte níveis de abstracção: o código-objecto, o código-fonte, as listas paramétricas, e os serviços exigidos para descrever o programa nas linhas gerais.

No segundo grau — filtragem —, são mobilizadas as doutrinas *merger* e *scènes a faire*, já presentes no caso *Whelan*, aplicando-as detalhadamente. De uma parte, a *merger doctrine* conduziria à exclusão de elementos funcionais relativos à eficiência ou rapidez do programa. A *scènes a faire doctrine*, conduziria, por sua vez, à exclusão dos elementos do programa ditados por factores externos, como a caracterização funcional do programa.

No terceiro grau — comparação —, são excluídos os programas ou fragmentos de programas caídos no domínio público.

Assim, a fórmula “estrutura, sequência e organização” adoptada no caso *Whelan* e perfilhada no caso *Paperback* seria agora substituída pela fórmula “estrutura não literal do programa”, abolindo-se, no caso *Altai*, a distinção entre estrutura escrita ou estática do programa e a sua estrutura performativa ou dinâmica. A aplicação destes métodos de apuramento dos aspectos dos programas de computador que podem ser protegidos pelo direito de autor seria operada, posteriormente, em termos semelhantes, nos casos *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.* (1992), e *Apple Computer, Inc. v. Microsoft* (1994).

14. Ora, a utilização do método “abstracção-filtragem-comparação” pôs em causa a adequação do direito de autor para proteger os programas de computador. A prática apontou no sentido do crescimento exponencial da emissão de patentes relativamente a programas de computador.

Alguns pretenderam, ainda, que a referida corrente jurisprudencial de aplicar literalmente o princípio da dicotomia ideia-expressão¹ deveria ser corrigida no sentido da protecção pelo *copyright* da chamada “expressão funcional”. Desse modo, cumprir-se-ia o *telos* funcional da decisão legislativa de 1980. E, se a jurisprudência continuasse rebelde e insubmissa, dever-se-ia mesmo alterar a lei, irradiando tal princípio.

¹ Que nos EUA remonta à decisão *Baker v. Selded* (1879) e consta, desde 1976, da Sec. 102(b). Sobre a experiência estadunidense, vide, nomeadamente: Ginsburg, Jane, *Four Reasons and a Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, *Columbia Law Review* 1994, p. 2559; Lunney Jr., Glynn, *Lotus v. Borland: Copyright and Computer Programs*, *Tulane LR* 1996, p. 2397; Menell, Peter, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, *Stanford LR* 1989, p. 1045; Miller, Arthur R., *Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer-generated works: Is Anything New Since CONTU?*, *Harvard LR* 1993, p. 977; Samuelson, Pamela / Davis, Randal / Kapor, Mitchell / Reichmann, J. H., *A Manifesto on the Legal Protection for Computer Programs*, *Columbia LR* 1994, p. 2318; Schachter, Roditi, *La protezione giuridica del software negli Stati Uniti*, *Lda* 1985, p. 171; Vance, Verne, *Three United States Courts Take a Closer Look at the ‘look and feel’ of Computer Software*, *CL&P* 1993, p. 14; Weinreb, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, *Harvard LR* 1998, p. 1251; Wilkins, Jon S., *Protecting Computer Programs as Compilations under Computer Associates v. Altai*, *Yale LJ* 1994, p. 435. Veja-se, também, Drexler, J., *What is Protected in a Computer Program? Copyright Protection in the United States and Europe*, New York: VCH, 1994; Merger, Robert / Menell, Peter / Lemley, Mark / Jorde, Thomas, *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York: Aspen, 1997; Samuelson, Pamela, *Computer Software Copyright Law in the United States: 1992 and Beyond*, in Meijboom / Prins (eds.), *The Law of Information Technology in Europe 1992*, Amsterdam: Kluwer, 1991.

15. Chegou-se, portanto, a uma solução algo paradoxal. Por um lado, a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor enquanto obras literárias era consagrada pelas leis nacionais da generalidade dos países, pela directiva comunitária e pelos recentes tratados internacionais.

Contudo, por outro lado, a sujeição dos programas de computador aos princípios tradicionais do direito de autor, *maxime* a dicotomia ideia-expressão, acabava, na prática, por não os acolher no seio deste instituto, não protegendo os seus elementos funcionais essenciais.

Ao mesmo tempo, nos EUA a emissão de patentes relativas a programas de computador registaria um crescimento exponencial. Já na Europa a via das patentes continuou fechada para os programas de computador. No espaço europeu, não obstante, tinha sido instituído um regime especial de protecção através das regras de descompilação, regime esse que é informado por uma lógica de natureza concorrencial.

Com efeito, o regime da descompilação destina-se a, por um lado, promover a utilização de informações tecnológicas codificadas nos programas de computador para fins de interoperabilidade informática. Por outro lado, esse regime visa proteger essas mesmas informações mediante um exclusivo de utilização apenas limitado pelo imperativo da interoperabilidade. Criou-se, em suma, a propósito do direito de autor, uma norma de protecção dos segredos de programação das empresas informáticas.

16. Não obstante, entretanto, a Convenção de Berna emergiu como a magna carta do direito de autor. Este instrumento internacional de protecção das obras literárias e artísticas seria, portanto, reanimado por via dos programas de computador, em virtude da adesão dos EUA em 1989.

No plano internacional, não restava outra solução para a poderosa indústria estadunidense. Desde 1973 que a Convenção de Munique relativa à Patente Europeia tinha fechado a porta das patentes aos programas de computador. Ao restar apenas a via dos direitos de autor para proteger os programas de computador na Europa, os EUA acabariam por ser obrigados a aderir à Convenção de Berna.

E, com isso, saiu mais forte do que nunca esta plataforma de protecção internacional das obras literárias e artísticas, bem como a organização que vela pelo seu cumprimento: a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Posteriormente, esta organização seria, de algum modo, integrada pela criação institucional do GATT, a OMC (Organização Mundial do Comércio).

§ 6. O Direito Português: (in)admissibilidade do cúmulo de direitos de autor e de patente

17. Ora, entre nós, os programas de computador constituem objecto do regime especial de protecção instituído pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

Nesse sentido, atribuiu aos programas de computador protecção análoga à conferida às obras literárias (art. 1.º, 2) ao abrigo dos direitos de autor. Por outro lado, à semelhança da Directiva (art. 9.º, 1, 1ª parte), o diploma de transposição ressaltou a possibilidade de tutela dos programas de computador por outras disposições legais, nomeadamente das dos segredos comerciais e dos direitos de patente (art. 15.º).

Isto significa que os programas de computador são equiparados às obras literárias para efeitos de protecção ao abrigo de direitos de autor, embora se admita a sua protegibilidade, nomeadamente, pelo direito dos segredos e pelo direito das patentes.

18. Assim, por um lado, a protecção dos processos codificados nos programas de computador poderá fundamentar-se no regime da tutela dos segredos de empresa.

O Código da Propriedade Industrial prevê a ilicitude da apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrém, punindo tais actos com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se se tratar de actos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade praticados com intenção de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo.¹

Independentemente de tais actos constituírem concorrência desleal, prevê-se autonomamente a ilicitude da apropriação, divulgação ou utilização dos segredos. A valoração doutrinal desta norma aponta para a existência de uma tutela específica dos segredos de indústria e comércio, independentemente de se tratar de actos de concorrência desleal.²

Porém, o problema está em saber qual o fundamento da ilicitude prevista. Isto é, a ilicitude resulta da própria norma que a prevê ou deverá antes ser definida por outras regras do sistema?

Neste último sentido, a ilicitude dos referidos actos seria definida por outras normas de protecção, como, por exemplo, a que resulta do regime do acesso a certos documentos³. Com efeito, os interessados não têm o direito de consultar processos que contenham documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica⁴.

19. Por outro lado, relativamente à protecção pelo direito das patentes, seria necessário que os programas de computador fossem assimiláveis às invenções protegidas e satisfizessem os respectivos requisitos de protecção⁵.

De acordo com o regime das patentes, as invenções podem constituir objecto do direito de patente se forem novas, implicarem actividade inventiva e forem susceptíveis de aplicação industrial. A novidade da invenção é aferida em função do estado da técnica, o qual é constituído por tudo o que, dentro ou fora do país, foi tornado acessível ao público antes da data do pedido da patente, por descrição, utilização ou qualquer outro meio, de modo a poder ser conhecido e explorado por peritos na especialidade. Depois, a invenção implicará actividade inventiva se, para um perito da especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica. Por fim, a susceptibilidade de aplicação industrial da invenção é aferida pela possibilidade de o seu objecto ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura.

O regime das patentes significa, em termos breves, que o direito à patente pertence ao inventor ou inventores, embora pertença à empresa no caso de contrato de trabalho. Não obstante, o inventor tem direito a remuneração equitativa, ao qual não pode renunciar antecipadamente. Além disso, assiste-lhe o direito de menção do seu nome no pedido de patente e no respectivo título se esta não for pedida em seu nome.

¹ Cfr. art. 260.º, al. i), do Código da Propriedade Industrial.

² Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, Lições, Lisboa 1994, na p. 294.

³ Uma outra norma de protecção seria o regime da descompilação dos programas de computador.

⁴ Cfr. art. 62.º, 1, Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, 31.1. Ver também o art. 10.º do Regime de Acesso aos Documentos da Administração, regulado pela Lei n.º 63/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e, recentemente, pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho.

⁵ Cfr. arts. 47.º e seg. do Código da Propriedade Industrial (CPI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro.

A patente dá o direito exclusivo de explorar o invento ou autorizar a sua exploração por 20 anos. O uso privado, sem finalidade comercial, e os actos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais não são abrangidos pela tutela conferida pela patente. A exploração da patente é obrigatória, sob pena de caducidade, e o Estado poderá expropriá-la por motivos de utilidade pública. Além disso, a sua exploração poderá estar sujeita a licenças compulsórias.

20. O novo Código da Propriedade Industrial veio dispor, porém, que os programas de computador, como tais, não podem ser objecto de patente, embora tenha ressalvado que a patenteabilidade dos programas de computador só é excluída quando o objecto para que é solicitada a patente se limite aos programas de computador, como tais¹.

Assim, apesar de o regime especial de protecção dos programas de computador ter admitido a sua protecção pelo direito das patentes, o Código da Propriedade Industrial excluiu expressamente a patenteabilidade dos “programas de computador, como tais”. Pelo que, de *lege data*, os programas de computador, como tais, não poderão ser objecto de patente.

§ 7. Os programas de computador, como tais, e as invenções relacionadas com programas de computador

21. Não obstante, parece ser hoje pacífico que a patenteabilidade de uma invenção não será excluída pelo facto de o objecto da patente incluir um programa informático. Com efeito, a patenteabilidade dos programas de computador só será excluída quando o objecto para que é solicitada a patente se limitar aos programas de computador, como tais.

À semelhança do que se passa noutros países, a solução do Código da Propriedade Industrial corresponde à Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (1973)². Ora, segundo as directrizes adoptadas em 1985 pelo Instituto Europeu de Patentes (IEP) quanto aos processos de exame, uma invenção poderá ser patenteada mesmo que o objecto da patente inclua um programa informático.

22. Na prática, estas directrizes têm permitido a patenteabilidade de invenções relacionadas com programas de computador. Assim, por exemplo, na decisão *Vicom* (17.71986), o IEP admitiu a patenteabilidade da combinação de um calculador conhecido e de um programa novo com o

¹ Cfr. art. 48.º, 1-d e 3, CPI.

² Cfr. art. 52.º, 2-c e 3, da Convenção relativa à concessão de patentes europeias, de 5 de Outubro de 1973. Especificamente sobre a patenteabilidade dos programas de computador (e dos algoritmos), *vide, inter alia*: Hanneman, Henri W., *The Patentability of Computer Software*, Deventer: Kluwer, 1985; Teufel, Fritz, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in Fiedler, Herbert / Ullrich, Hanns (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, Köln: Schmidt, 1997, p. 183; Benyacar, David, *Mathematical Algorithm Patentability: Understanding the Confusion*, Rutgers LJ 1993, p. 129; Christie, Andrew / Syme, Serena, *Patents for Algorithms in Australia*, Sydney LR, 1998, p. 517; Dragotti, Gualtiero, *Software, brevetti e copyright: le esperienze statunitensi*, RDI 1994, I, p. 539; Hellfel, Axel von, *Hardware, Firmware, Software: Is the Exclusion of Software Patentability Realistic in the Light of Technological Developments?*, CL&P 1993, p. 18; Kindermann, Manfred, *Softwarepatentierung*, CR 1992, p. 577, p. 658; Merges, Robert P., *As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts*, Berkeley Tech. L.J. 1999, p. 577; Newman, Jonathan, *The Patentability of Computer-Related Inventions in Europe*, EIPR 1997, p. 701; Swinson, John, *Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection*, Harvard JOLT 1991, p. 145-214; Ullmann, Eike, *Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen (Aufgaben der Rechtsprechung)*, CR 1992, p. 641; Vietzke, Lance, *Software Patent Protection*, CLJ 1993, p. 25. Veja-se ainda sobre a tutela do *software* pelo direito do saber-fazer, Wiebe, Andreas, *Know-how-Schutz von Computersoftware (Eine rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbsrechtl. Schutzmöglichkeiten in Deutschland und den USA)*, München: Beck, 1993.

correspondente processo, podendo a combinação ser realizada pelo programa: tratava-se de um método de tratamento digital de imagens, descrevendo de forma clara, traduzido segundo um algoritmo dentro do programa, as diferentes etapas do processo e a realização pelo computador deste processo.

Um outro exemplo é a decisão *IBM* (6.10.1988), na qual o IEP admitiu a patenteabilidade de um programa de controlo que permitia uma melhor comunicação entre os programas e os documentos numa determinada rede, sendo este programa comparável a um sistema de exploração, que, *inter alia*, coordena as funções internas de base de um computador.

De igual modo, na decisão *IBM/editable document form* (1994), a Câmara técnica de recurso considerou patenteável um sistema que permitia converter os comandos de um programa de tratamento de texto, de modo a que funcionassem com outros programas de tratamento de texto. Idênticas decisões favoráveis são ainda os casos *Pettersson* (1995), relativo a um sistema de gestão de pedidos, e *Sohei* (1995) que respeita a um programa que permite interconectar as unidades informáticas que se desenvolveram de maneira independente nas diversas divisões (gestão, administração, etc.) de uma mesma empresa.

23. Por outro lado, no direito comparado, a tendência aponta claramente no sentido da admissibilidade de patentes para invenções relacionadas com programas de computador. Neste sentido refiram-se, exemplificativamente, a decisão “*Tauchcomputer*” do BGH (1992), na Alemanha, e as decisões *IBM* (1992) e *CCOM* (1994) na Austrália.

Mas, o sinal mais forte vem dos EUA, no sentido de a protecção pelo direito de patente (35 USC §101-376) poder ser concedida às invenções ligadas aos programas de computador (*computer program-related inventions*). Neste país, como referimos, no ano de 1997 a emissão de patentes a invenções ligadas a programas de computador ascendia já a 13 000, quando ainda em 1990 se ficava pelas 1 300.

23. Ora, entre nós, interpretando o Código da Propriedade Industrial segundo as directrizes do Instituto Europeu de Patentes de 1985 e tendo em conta as referidas experiências de direito comparado, poder-se-á sustentar, de *lege data*, a patenteabilidade de invenções relacionadas com programas de computador. Isto é, os programas de computador, como tais, não poderão ser objecto de patente, embora uma invenção não possa deixar de ser patenteada pelo facto de incluir um programa informático (a “máquina virtual”). Mas, apesar de não poderem ser objecto de patente, o que são “programas de computador, como tais”?

A nossa Lei da Criminalidade Informática define o programa informático, como vimos. Uma melhor definição encontrar-se-á, ainda, na recente Lei do Brasil, nos termos da qual programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados¹.

Da prática jurisprudencial do direito comparado recebemos, ainda, noções de programa de computador que abrangem os cartões inteligentes e descodificadores, de extrema importância no

¹ Cfr. art. 1.º da Lei n.º 9.605, de 19 de Fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a protecção da propriedade intelectual no programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências”.

universo das comunicações electrónicas, *maxime* na Internet e outras vias de serviços de acesso condicional.¹

Ora, esta procura de uma caracterização operacional de programas de computador é importante, uma vez que o Código da Propriedade Industrial não define o conceito de “programas de computador, como tais”. Equipara-os, para efeitos de delimitação negativa do objecto de patente, aos métodos matemáticos, às criações estéticas, aos princípios e métodos do exercício de actividades intelectuais no domínio das actividades económicas e às apresentações de informação, *inter alia*.

24. Mas não diz o que são programas de computador como tais. Ao mesmo tempo, porém, os programas de computador, como tais, integram autonomamente o catálogo de elementos cuja patenteabilidade é excluída, acrescentando aos demais.

Isto é, apesar de o Código da Propriedade Intelectual não dizer o que são programas de computador, enquanto tais, já diz algo sobre o que não são. E não são, nomeadamente, métodos matemáticos.

Este recorte negativo da noção de programas de computador não é, porém, suficiente para esclarecer o que se entende por programas de computador, como tais. Pelo contrário, é ainda necessário definir positivamente este conceito, que delimita negativamente o objecto de patente.

O regime específico de protecção jurídica dos programas de computador também não os define, limitando-se a equipará-los às obras literárias.

Assim, os programas de computador, para além de não serem métodos matemáticos, também se distinguem das obras literárias. Aproximam-se dos primeiros para efeitos de exclusão da sua patenteabilidade e equiparam-se às segundas com vista à sua protecção em termos análogos ao direito de autor.

§ 8. A natureza híbrida dos programas de computador

25. Da equiparação às obras literárias poderíamos retirar duas conclusões. Primeira, os programas de computador não são legalmente considerados como puras criações intelectuais do domínio literário, por qualquer modo exteriorizadas, pois que de outro modo seriam protegidos pelo direito de autor *tout court*. Segunda, os programas de computador também não serão puramente ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios ou descobertas, uma vez que estes elementos, por si só e enquanto tais, não seriam protegidos ao abrigo do direito de autor.²

Esta segunda premissa, não obstante, enuncia um princípio que parece ser posto em causa pelos programas de computador. Estes têm determinados elementos que não seriam protegidos por força daquele princípio. Pense-se na lógica, nos algoritmos e na linguagem de programação.

Ora, o regime específico de protecção jurídica dos programas de computador, para além de equiparar ao programa o seu material de concepção preliminar, limita a liberdade de acesso e utilização desses elementos.³ O que denota a natureza “anómala” destes direitos de autor.

¹ A este respeito, veja-se, particularmente, na jurisprudência irlandesa, a decisão *News Datacom v. Satellite Decoding Systems*.

² Cfr. art. 1.º, 1 e 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

³ Cfr. art. 1.º, 3, 2.º, 2, 7.º, 10.º, 2, DL 252/94. Para uma análise da lei portuguesa, *vide*, nomeadamente: Cordeiro, Pedro da Costa, *A lei portuguesa do 'software'*, ROA 1994, p. 713; Rocha, Manuel Lopes / Cordeiro, Pedro, *A protecção jurídica do software*, 2.ª ed., Lisboa: Cosmos, 1995; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 1998; Idem, *Contratos de 'Software'*, in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996)*, Coimbra 1996; Saavedra, Rui, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa: SPA/D.Quixote, 1998; Vieira, José Alberto, *Notas*

A equiparação dos programas de computador — incluindo o respectivo material preparatório de concepção — às obras literárias foi a resposta do legislador português ao comando comunitário de proteger os programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, considerando-os obras literárias na acepção da Convenção de Berna¹. A concessão de protecção apenas análoga à conferida às obras literárias terá sido o modo de conciliar aquele comando com a tutela específica atribuída pela directiva a certos elementos dos programas, como sejam os algoritmos, a lógica e a linguagem de programação, através das regras da descompilação².

26. Depois, os Tratados Internacionais mais recentes clarificaram o âmbito de protecção do direito de autor. Por um lado, prescrevem a protecção dos programas de computador, enquanto obras literárias, ao abrigo da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971). Por outro lado, esclarecem que a protecção do direito de autor abrange as expressões, mas não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos, enquanto tais³.

Não obstante, não encontramos uma definição de programas de computador nem na directiva comunitária nem nos tratados internacionais (ADPIC, OMPI), ficando em aberto o problema de saber o que são “programas de computador, como tais”. Além disso, certos elementos dos programas, como a lógica e os algoritmos, parecem ser excluídos da protecção pelo direito de autor, porquanto se trata de processos ou métodos funcionais.

Mas, identificar-se-ão os programas de computador a estes elementos? A resposta positiva parece ter a seu favor a equiparação dos programas de computador, como tais, a outros elementos, nomeadamente os métodos matemáticos e os princípios e métodos de actividades intelectuais no domínio de actividades económicas, no que respeita à delimitação do objecto de patente.

Porém, isto significaria que a lógica e os algoritmos, em que se analisariam os programas de computador, como tais, não seriam protegidos nem pelo direito das patentes nem pelo direito de autor. Quando muito, os programas de computador, como tais, poderiam constituir apenas objecto de uma terceira via de direitos de propriedade intelectual.

Mas, mesmo num regime precedente desta natureza, que é a protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, a tutela só é aplicável à topografia propriamente dita, com exclusão de qualquer conceito, processo, sistema, técnica ou informação codificada nela incorporados⁴.

§ 9. A patenteabilidade dos algoritmos

27. Os programas de computador são objecto de um regime análogo aos direitos de autor. Este regime ressalva a protegibilidade dos programas de computador por outras disposições legais, nomeadamente dos direitos de patente. Porém, o Código da Propriedade Intelectual, em harmonia

gerais sobre a protecção de programas de computador em Portugal, in *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 73.

¹ Cfr. art. 1.º, 1, da Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

² Cfr. art. 7.º, 2-a, e considerandos, Directiva 91/252/CEE. Vide J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra 1992, p. 474.

³ Cfr. arts. 9.º, 2, 10.º, 1, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994), Anexo IV ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC); art. 2.º, 4.º, Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor (Dezembro de 1996).

⁴ Cfr. art. 3.º, 6, da Lei n.º 16/89, de 30 de Junho (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores).

com a Convenção da Patente Europeia, excluiu a patenteabilidade dos programas de computador, como tais, embora não os tenha definido.

Por outro lado, embora seja de admitir a patenteabilidade de invenções relacionadas com programas de computador, já a patenteabilidade dos programas de computador e dos processos codificados (os algoritmos) nos programas é tradicionalmente negada em virtude da sua assimilação a métodos e princípios matemáticos.

E, mesmo que se admita que uma vez codificados nos programas os algoritmos podem ser considerados como processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos¹, mesmo assim, tradicionalmente, a sua patenteabilidade é negada em razão do requisito da susceptibilidade de aplicação industrial da invenção aferida pela possibilidade de o seu objecto ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura. Isto é, o objecto da patente deveria poder ser fabricado ou utilizado na produção de coisas tangíveis, ou seja, providas de realidade².

28. Não obstante, a qualificação dos algoritmos como puros métodos matemáticos insusceptíveis de apropriação não será hoje absoluta, antes se dirigindo para a protecção da “espinha dorsal” dos programas de computador. Neste sentido apontam as regras de descompilação impostas pela Directiva comunitária sobre protecção dos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor.

Além disso, no direito comparado parece evoluir-se no sentido do abandono da noção de realidade para efeitos de patenteabilidade dos processos codificados nos programas, como são os algoritmos. É de referir particularmente, a casuística estadunidense relativa à patenteabilidade dos algoritmos.

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA considerou, no caso *Diamond v. Diehr* (1981), que seria patenteável um processo para comprimir e vulcanizar “caoutchouc” sintético, uma vez que este processo utilizava um computador programado de modo a calcular a duração óptima do processo de vulcanização, segundo uma determinada fórmula matemática.

Depois desta decisão, firmou-se a análise chamada *Freeman-Walter-Abele* (1982) que implicava verificar se o algoritmo era tomado de maneira directa ou indirecta no pedido, sendo que se estivesse seria de seguida analisado o pedido na sua totalidade: se o algoritmo fosse realizado de uma maneira específica em ordem a definir as relações estruturais entre os elementos físicos do pedido (sobre um produto) ou a delimitar as fases do pedido (sobre um processo), então o pedido seria atendido; se, pelo contrário, o algoritmo fosse simplesmente apresentado na invenção reivindicada, sem que fosse aplicado de qualquer modo a elementos físicos ou a fases de um processo, o pedido não seria aceite.

Todavia, este método parece ter sido abandonado na decisão *In re Iwahashi* (1989) relativo a um dispositivo de auto-correlação utilizado nos modelos de reconhecimento (por ex., o reconhecimento de voz). O tribunal, em recurso, julgou válido o pedido, considerando como um todo definitivo um aparelho composto por uma combinação de meios do domínio das invenções enquanto máquina ou produto no sentido da §101 da lei das patentes.

Na decisão *Arrhythmia* (1992) a mesma abordagem foi seguida, dizendo respeito a um método dito de “number crunching” de previsão dos riscos de ataque cardíaco a que está sujeito um paciente que sofre de taquicardia ventricular, uma vez que as fases de conversão a partir dos resultados do electrocardiograma constituiriam fases de um processo físico que transformaria um sinal eléctrico e

¹ Processos estes que podem ser objecto de patente (Cfr. art. 47.º, 2, CPI).

² Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, Lições de Direito Comercial, II, Lisboa 1988, p. 40.

físico noutro, e a cifra resultante do método reivindicado não seria uma abstracção matemática, mas antes uma medida em microvolts de uma actividade específica do coração.

De igual modo, na decisão *In re Alappat* (1994) tratava-se de um circuito que executava certos cálculos matemáticos em ordem a visualizar melhor a forma de uma onda e a eliminar os efeitos parasitas, tendo o tribunal considerado que, no seu conjunto, o dispositivo não seria meramente um método matemático. Nas decisões *Lowry* e *Trovato* (1994), o tribunal considerou na primeira que as estruturas de dados eram patenteáveis, embora tenha rejeitado o pedido da segunda.

Especialmente famosa ficou a patente atribuída em 1993 pelo Instituto estadunidense de patentes (PTO) à empresa *Compton* relativamente a um sistema de pesquisa multimedia (*Multimedia Search System Using a Plurality of Entry Path Means Which Indicate Interrelatedness of Information*). Todavia, a forte crítica de que essa patente foi objecto, uma vez que seria capaz de cobrir zonas inteiras do multimedia, levou o PTO a decidir reexaminar a patente, que acabaria por ser revogada.

Recentemente, na decisão *State Street* (1998), a jurisprudência deste país admitiu, em recurso, a patenteabilidade de um algoritmo de cálculo financeiro utilizado num programa de computador.

§ 10. Considerações reflexivas

29. Aqui chegados urge tecer algumas considerações reflexivas. A tutela dos programas de computador pelos direitos de autor enquanto obras literárias terá contribuído decisivamente para a afirmação da Convenção de Berna revista como a plataforma de protecção internacional de protecção das obras literárias e artísticas. Ao facto não terá sido estranha a exclusão da patenteabilidade dos programas de computador, como tais, pela Convenção de Munique relativa à Patente Europeia, se atendermos a que esta data de 1973, isto é, alguns anos antes da lei estadunidense de protecção dos programas de computador pelo *Copyright Law* (1980).

Esta forma de protecção, que se impôs na generalidade das legislações nacionais e nos recentes tratados internacionais (Acordo ADPIC, 1994; Tratado OMPI sobre direito de autor, 1996), não protege, porém, a espinha dorsal dos programas de computador. Ao contrário do que porventura se esperaria através do conceito de reprodução, no âmbito de protecção do direito de autor não entram os processos codificados nos programas, isto é, os algoritmos e outros princípios lógicos.

Em razão da dicotomia tradicional ideia-expressão, a protecção dos programas de computador só incide na sua forma de expressão e na medida em que essa forma de expressão seja original. Isto leva à exclusão da protecção da forma expressiva ditada apenas por razões de ordem funcional, uma vez que será servil ou incidível do processo que codifica.

Este princípio tem a consequência de quanto mais eficiente e funcional for um programa menos acolhimento terá no seio do direito de autor. O conteúdo ideativo-funcional dos programas de computador não é protegido pelos direitos de autor e, por razões de eficiência funcional, a forma de expressão que codifica os processos utilizados na escrita dos programas acaba por cindir-se com estes processos.

30. Consciente disto mesmo, a directiva comunitária introduziu o regime da descompilação. Aqui o direito de autor já não é senão o “a propósito”. As regras da engenharia regressiva destinam-se a permitir, por um lado, o acesso a informações de natureza tecnológica, instituindo uma espécie de licença compulsória de interesse público destinada a prosseguir o imperativo da interoperabilidade. São, portanto, razões de concorrência as que animam o regime da descompilação.

Ao mesmo tempo, porém, este regime institui um direito de exclusivo relativo à utilização dos processos codificados no programa, proibindo a sua utilização para outros fins. Essas informações não são protegidas por direitos de autor, mas antes por uma norma de protecção, dir-se-ia, *sui generis*, que visa tutelar juridicamente os segredos de programação das empresas informáticas.

Em causa está, afinal, cobrir o que se deixa a descoberto pelos direitos de autor. Trata-se de instituir um círculo de reserva relativo a informações de natureza tecnológica, que não entram no âmbito de protecção do direito de autor.

Nos EUA, a prática jurisprudencial da protecção dos programas de computador *tout court* como obras literárias levou a que se procurasse um cúmulo de protecções através do direito das patentes. O objectivo é, justamente, obter protecção para as informações tecnológicas não protegidas pelos direitos de autor.

Os algoritmos não são puros métodos matemáticos ou princípios lógicos, mas antes processos funcionais ou métodos operativos, uma vez codificados nos programas de computador. São, por assim dizer, o seu código-genético. Sendo que a jurisprudência superior deste país tem sido favorável a esta pretensão.

Na Europa, a patenteabilidade dos programas de computador, enquanto tais, foi excluída pela Convenção de Munique. O Instituto Europeu das Patentes não exclui, porém, a patenteabilidade de uma invenção pelo facto de incluir um programa informático. A mesma solução deverá valer entre nós.

31. Além disso, em nosso entender, será de admitir a patenteabilidade dos processos codificados nos programas de computador, em que se traduzem os algoritmos implementados na sua escrita. Não obstante, será necessário repensar a noção tradicional de realidade que parece informar o requisito da susceptibilidade de aplicação industrial dos processos.

Em abstracto, nada parece impedir que os processos codificados nos programas de computador possam satisfazer os requisitos do direito de patente, isto é, tratar-se de invenções novas implicando actividade inventiva e susceptíveis de aplicação industrial. Por outro lado, estes processos, enquanto tais, não se confundem, nem com a forma de expressão pela qual são codificados nos programas de computador, nem com puros métodos matemáticos ou princípios e métodos de actividades intelectuais no domínio de actividades económicas.

Porém, a emissão de patente sobre informações tecnológicas em que se traduzem estes processos deverá ser orientada pelo princípio da função social da propriedade industrial, que consiste em garantir a lealdade da concorrência pela atribuição de direitos privativos¹. A função social destes direitos justifica, em sede de patentes, que o respectivo titular possa ser obrigado a conceder licença para a exploração do respectivo invento².

Nesta linha de raciocínio, parece-nos que a directiva comunitária terá instituído um direito privativo sobre os processos codificados nos programas em sede de regras de descompilação. Ao mesmo tempo, porém, permite a sua utilização para fins de interoperabilidade.

A nosso ver, esta “licença legal” de utilização de informações tecnológicas deveria prevalecer mesmo no caso de serem concedidas patentes sobre os algoritmos utilizados na escrita de programas. De outro modo, atento o exponencial crescimento da emissão de patentes, o imperativo da

¹ Cfr. art. 1.º CPI.

² Cfr. art. 108.º, 1, CPI.

interoperabilidade, — e tudo o que isso significa em termos de comunicações electrónicas — poderá ser seriamente comprometido.¹

§ 11. Conclusão

32. Assim, o problema da patenteabilidade dos programas de computador deverá tratar-se segundo as referidas coordenadas.

Como tais, os programas de computador não podem constituir objecto de patente. Essa é a solução do Código da Propriedade Industrial, na linha da Convenção de Munique de 1973. Porém, seguindo a orientação do Instituto Europeu de Patentes, tal não significa excluir a patenteabilidade das invenções pelo facto de incluírem programas de computador. Pelo contrário, parece pacífica a admissibilidade de patentes para invenções relacionadas com programas de computador.

Por outro lado, os programas de computador são protegidos pelos direitos de autor enquanto obras literárias. Porém, como só na aparência os programas de computador são obras literárias, a equiparação em termos de regime jurídico leva a que não seja protegida a espinha dorsal dos programas, isto é, os processos codificados na sua forma de expressão.

Por esta razão a directiva comunitária instituiu um direito especial destinado a proteger informações tecnológicas que permitem o desenvolvimento de programas. Trata-se de um direito *sui generis*, mais próximo do direito industrial², que se enxerta num regime de direitos de autor.

Além disso, a directiva comunitária e o nosso regime interno de transposição admitem outras formas de protecção jurídica, nomeadamente as que resultam do direito dos segredos comerciais e do direito das patentes. O direito dos segredos poderá revelar-se bastante importante.

Já o direito das patentes é expressamente excluído, como vimos. Tal não obsta a que, segundo nos parece, os processos codificados na escrita dos programas possam beneficiar do direito de patente. Trata-se de realidades distintas dos programas de computador, enquanto tais, os quais para o serem carecem de ser expressos num texto em linguagem de programação convertida em código binário. Só assim permitem a um computador executar determinadas funções e realizar certas tarefas.

Os algoritmos codificados nos programas não se confundem com a sua expressão “literária”. E, ao mesmo tempo, não serão meros métodos matemáticos ou proposições lógicas. Trata-se, antes, de métodos operativos ou processos funcionais, os quais, a nosso ver, poderão satisfazer os requisitos da patenteabilidade, se convencionarmos reformular a noção material de realidade que tradicionalmente informa o requisito da susceptibilidade de aplicação industrial. Porque, “na realidade”, os algoritmos podem traduzir-se em processos novos de obtenção de produtos, e, neste domínio, os programas de computador não deixarão de ser produtos apesar da sua natureza incorpórea.

¹ Cfr. o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, §§ 52 e 55. Veja-se ainda os nossos *Technodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, IEEM, Macau, 2000; *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra 1999, p. 272; *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 17-8; *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA, 1999, pp. 994-5. Sobre a importância da interoperabilidade ao nível das comunicações electrónicas, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para intercâmbio de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

² Mas não faz depender esta protecção especial dos requisitos do direito de patente.

Por esta via não se trata de proteger os programas de computador cumulativamente, isto é, através dos direitos de autor e dos direitos de patente. Apesar de essa via ser permitida pela directiva comunitária e pela nossa lei, a verdade é que não nos parece sequer necessária para o efeito.

33. Os programas de computador são obras funcionais. Aparentam ser obras literárias pois manifestam-se numa expressão linguística. Porém, ao mesmo tempo, têm uma espinha dorsal de natureza “maquinal”: são o suporte lógico, o “cérebro” dos computadores.

A via das patentes é legalmente negada para os programas de computador, como tais. Parece-nos aqui de utilidade a noção brasileira de programa que define o programa de computador como a expressão de um conjunto de instruções destinada a fazer uma máquina de tratamento de informação desempenhar certas funções. Como tais, os programas de computador são expressão linguística.

Porém, a “alma” dos programas não equivale à das restantes obras literárias, antes se aproxima do domínio das invenções. Trata-se de sistemas ou processos funcionais, os quais devem ser valorados autonomamente, como tais. São o código-genético dos programas de computador, mas a eles não se reduzem. Permitem a obtenção de programas de computador, mas são realidades autónomas de cada implementação concreta, e como tal devem ser valoradas.

Ao mesmo tempo, não são puros métodos matemáticos ou princípios lógicos de actividades intelectuais. Trata-se de informações de carácter tecnológico. Em abstracto, não vemos obstáculos à sua patenteabilidade. Porém, a atribuição destes direitos privativos deverá atender à especial natureza destes processos funcionais, garantindo, à semelhança do regime da descompilação, a licitude da sua utilização para fins de interoperabilidade.

Os algoritmos de programação são processos que permitem a obtenção de programas de computador. Não se trata de puros métodos de actividades intelectuais.

34. Mas, fará sentido atribuir direitos privativos sobre operações do “pensamento” dos computadores? Qual o fundamento de reservar em exclusivo a possibilidade de um computador ser comandado e operar de determinado modo? Não se traduzirá isso num obstáculo à evolução dos “cérebros cibernéticos”?

Ora, a nosso ver, a resposta está mesmo aqui. Os computadores são máquinas e as máquinas são objectos de direitos, não sujeitos. Se nos parece insustentável a atribuição de direitos privativos sobre operações intelectuais do espírito humano, o mesmo já não cremos para as máquinas. A máquina, enquanto coisa, pode ser objecto de direitos, quer ao nível da sua fisionomia física, quer ao nível da sua composição intelectual.

Por outras palavras, a “inteligência” das máquinas, ao invés da das pessoas humanas, pode ser apropriada. O direito das patentes será, justamente, a forma jurídica adequada a essa apropriação.

O CÓDIGO DO DIREITO DE AUTOR E A INTERNET *

§ 1. Digitalização, Convergência e Interactividade

A Internet é um novo e poderoso meio de comunicação. Este modo de “vida-com-os-outros” é a infra-estrutura comunicacional da Sociedade da Informação, no seio da qual se assiste ao desenvolvimento exponencial da economia digital do comércio electrónico¹.

A novidade da Internet está tanto no modo de transmissão de mensagens como nas próprias mensagens em si.

Por um lado, a Internet consome os tradicionais meios de comunicação como a Imprensa e o Audiovisual (Rádio, Televisão). Fala-se a propósito na edição electrónica em linha e na Webcasting. Além do mais, a Internet abrange também as possibilidades dos meios de comunicação endereçada como o Correio e o Telefone (ou ainda o videofone, o fax, etc). É o caso do Correio Electrónico e dos sistemas de comunicação directa à distância pela Internet. Em suma, a Internet congrega as potencialidades dos tradicionais meios de comunicação, reunindo-os num só. Acrescenta-lhes, porém, a nota da interactividade, no sentido de que o acesso às mensagens ou a sua transmissão faz-se em termos de solicitação individual ou a pedido do destinatário (“ponto a ponto”).

Por outro lado, a novidade das mensagens comunicadas na Internet está no facto de o seu suporte ser o medium digital. As mensagens são expressas em código binário, que os sistemas electrónicos de informação convertem em texto e/ou som e/ou imagem, com faculdade de processamento interactivo pelo utilizador. Deste modo, a Internet não apenas é multimedia pelo facto de reunir vários meios de comunicação num só, mas as próprias mensagens que veicula podem ser, elas mesmas, multimedia. Isto, só por si, nada traz de novo. Já a televisão era multimedia, reunindo som, imagem e texto (por ex., a legendagem). A novidade está, porém, no papel do utilizador relativamente aos conteúdos informativos multimedia, que deixou de ser um papel puramente passivo, passando a ser um papel activo. Ou seja, não apenas pode mudar de canal ou alterar a configuração de recepção (por ex., som, tom, brilho, coloração da mensagem), mas principalmente passa a poder influir activamente na modificação dos conteúdos informativos, à semelhança do que se passa com os já tradicionais jogos de computador também chamados jogos vídeo.

Assim, a novidade da Internet está quer no facto de reunir num só diferentes meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão, etc.) quer na circunstância de as mensagens, em forma digital, poderem revestir natureza multimedia (texto/som/imagem). Contudo, a nota mais impressionante deste novo meio de comunicação é, para além da convergência multimedia, a interactividade com o destinatário, o qual pode conformar os conteúdos informativos que utiliza. Sendo que quer a convergência quer a interactividade são possíveis graças à digitalização das mensagens.

Vem esta referência a propósito do novo “paradigma” tecnológico instituído pelos computadores digitais, numa palavra, pela informática, que se torna portanto o elemento dominante: não apenas integra os meios tradicionais mas também altera-lhes a natureza, imprimindo-lhes um carácter novo.

§ 2. O Novo Paradigma Tecnológico e o Código do Direito de Autor

* www.verbojuridico.net

¹ Sobre alguns problemas jurídicos da economia digital da Internet poder-se-á ver o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra: Almedina, 1999.

Dos nossos estudos, concluímos com Oliveira Ascensão que o Código do Direito de Autor não foi feito para regular este novo meio de comunicação. Neste sentido aponta também o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação¹, e mais recentemente o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico² em sintonia com os objectivos genéricos que presidiram à criação desta Iniciativa³.

Apesar de ser relativamente recente — data de 1985 —, o Código do Direito de Autor não abrange na sua regulamentação típica os problemas suscitados pela informática e, especialmente, pela Internet⁴. Isto não é, aliás, de estranhar. A generalidade das legislações nacionais só agora começa a abrir as suas portas aos novos problemas da técnica. E fá-lo, as mais das vezes, por imposição vertical dos Tratados Internacionais⁵ e/ou, como é o caso da União Europeia, por força das Directivas Comunitárias.

Claro que os problemas que a Internet generalizou não nasceram ontem. E, por isso, algumas leis, no direito comparado, contemplavam já soluções para este novo meio de comunicação. Assim é de referir, nomeadamente, que na década de oitenta a legislação de países como a França (85) e a Espanha (87) incluíam já a transmissão electrónica em redes informáticas de obras protegidas pelo direito de autor na família do direito de comunicação ao público. Além disso, a nova legislação do Reino Unido (88) previa já, em termos generalizados, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção, quer no que respeita aos dispositivos anti-cópia, quer no que toca aos dispositivos de encriptação de mensagens rádio-difundidas por satélite e retransmitidas por cabo⁶.

Neste sentido, a evolução do direito de autor estará em continuidade com soluções já anteriormente consagradas. Haverá, todavia, a registar uma diferente abordagem no que respeita à experiência germânica. Neste país muito do que agora faz parte do chamado “direito de autor tecnológico” era antes considerado como concorrência desleal. Assim se passava no que respeita à protecção de bases de dados electrónicas e à tutela dos sistemas técnicos de protecção anti-cópia e anti-recepção de programas codificados. O que para o direito inglês era “copyright” para os alemães não passava de um problema de concorrência desleal, que não de direitos privativos.

Não obstante, os interesses em conflito não se compadeciam com a indefinição de cláusulas gerais (“bons costumes”), de concretização variável pela jurisprudência. A indústria da comunicação e da informação reclamava normas legais de protecção que atribuíssem esferas de exclusivo relativamente aos seus produtos e serviços.⁷ Em suma, que se clarificasse que a utilização de obras e prestações nas redes informáticas não era livre e que se alargasse o âmbito de protecção relativamente a actos que tradicionalmente não seriam abrangidos pelo direito de autor.

¹ MSI, Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, 1997.

² Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99.

³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98: Cria a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico.

⁴ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro.

⁵ Veja-se, especialmente, nos EUA, a *Digital Millennium Copyright Act*, de finais de 1998. Sobre esta Lei, poderá ver-se o nosso *O Direito de Autor no Milénio Digital: Arquivos, Bibliotecas, Centros de Documentação, e o US Digital Millennium Copyright Act (1998)*, in <http://www.digital-forum.net/>.

⁶ *UK Copyright, Designs and Patents Act*, CDPA 1988.

⁷ No direito comunitário, para além de ter sido concedida protecção aos investimentos dos produtores de bases de dados (a propósito do direito de autor), foram também já objecto de tutela os chamados serviços de acesso condicional mediante a adopção da 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.

§ 3. A Metamorfose do Direito de Autor

É neste contexto que se assiste na Europa a um “assalto” ao direito de autor pelas instituições comunitárias. Com efeito, foram adoptadas diversas medidas de harmonização, na sequência de um programa de acção traçado no famoso Livro Verde de 1988 sobre direitos de autor e os desafios da tecnologia¹. Descobre-se então que o direito de autor tem uma dimensão mercantil fundamental e que, portanto, é necessário harmonizar comunitariamente este instituto, a bem do mercado interno.

E, justamente, a bem do mercado interno, os programas de computador foram postos de igual com as obras literárias², como por exemplo a *Mensagem* de Fernando Pessoa; a bem do mercado interno, os direitos conexos foram virtualmente harmonizados³, atribuiu-se o exclusivo da retransmissão por cabo às entidades de gestão colectiva⁴, o prazo de duração subiu para os 70 anos *post mortem auctoris*⁵, e, entre outras medidas, criou-se um novo direito de protecção das empresas de informação: o direito *sui generis* do produtor de bases de dados⁶.

Além do mais, a Comunidade seria um dos protagonistas principais na Conferência Diplomática da Organização Mundial da Propriedade Intelectual que levou à adopção dos novos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁷, acabando, na expressão de Lopes Rocha, com o “woodstock electrónico”. Seguiu-lhes uma Proposta de Directiva, já alterada, destinada a implementar estes Tratados no direito comunitário e, por via disso, na ordem jurídica dos diversos Estados-membros.⁸

No meio de toda esta produção legislativa, o direito de autor sai, necessariamente, alterado, para não dizer “dogmaticamente adulterado”. Primeiro, só por interpretação *a contrario* se encontram referências aos direitos morais dos autores, que serão de respeitar ao menos nos termos da Convenção de Berna. Há uma década a esta parte que os EUA aderiram à Convenção de Berna (89), e depois os europeus esclareceram que os programas de computador seriam obras literárias no sentido desta Convenção (91). Porém, nem os US modificaram o seu conceito de “Copyright” em favor do modelo que subjaz à Convenção de Berna segundo o Acto de Paris de 1971, nem os programas de computador passaram a ser, por causa disso, obras literárias⁹. Claro que a Convenção

¹ Os direitos de autor e os desafios da tecnologia, Livro Verde da Comissão [COM(88) 172].

² Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

³ Directiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual.

⁴ Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

⁵ Directiva 93/98/CEE do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos.

⁶ Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. Semelhante proposta não passaria na Conferência Diplomática da OMPI de Dezembro de 1996, em Genebra.

⁷ Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Prestações e Fonogramas (Genebra, Dezembro de 1996).

⁸ 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 o problema “horizontal” da responsabilidade dos intermediários veja-se 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].

⁹ Sobre os desenvolvimentos recentes desta problemática poderá ver-se o nosso *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, in Curso de Direito Industrial, Faculdade de Direito de Lisboa / APDI, Julho de 1999 (texto em vias de publicação). Em atenção à natureza híbrida dos programas de computador o nosso legislador, perante a obrigação de transpor a directiva comunitária, concedeu-lhes apenas natureza análoga às obras literárias (Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro). Para uma análise deste diploma em comparação com a directiva

saiu reforçada no panorama internacional, mormente com o ADPIC (94)¹ e agora com os Tratados OMPI (96). Porém, há ainda um longo caminho a percorrer no sentido da aproximação do “Copyright” estadunidense ao “Droit d’auteur” europeu.²

Segundo, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação aplicar-se-á, na Europa, não apenas aos direitos de autor e aos direitos conexos tradicionais, mas também ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados. Isso significa que a protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos já nada terá a ver com o direito de autor, pois que poderá uma tal base nem ser protegida pelo direito de autor nem conter obras por ele protegidas. Trata-se de um puro direito de protecção de conteúdos informativos, destinado a tutelar investimentos de produção contra actos de concorrência parasitária e, mesmo, actos de utilizadores finais que afectem o investimento (por ex., tendo acesso à base sem pagar o respectivo título de acesso). E com isto o domínio público parece ser eclipsado.

Tanto mais que, em terceiro lugar, para além dos alargados prazos de protecção, caminha-se no sentido de listas taxativas e opcionais de “excepções” ao direito de autor. Isto é, ao contrário do que previam as Declarações Acordadas dos Tratados OMPI, o direito comunitário, a bem do mercado interno e agora da construção da Sociedade da Informação, propõe-se limitar a um quadro taxativo (*numerus clausus*) e opcional as formas de utilização que não carecem de autorização do titular do direito (ou dos seus representantes) — que aliás, poderá ser outrem que não o autor em sentido próprio. Acresce que tais utilizações, para além de só poderem visar fins bem definidos, estão condicionadas à prestação de uma remuneração equitativa destinada a compensar os interesses dos titulares dos direitos.

Quarto, a questão da privacidade é hoje crucial, no que respeita aos diferentes contornos do direito de autor. Com efeito, tradicionalmente o direito de autor não justifica a violação da esfera privada familiar. Porém, a proibição geral de actos de contornamento de dispositivos que impedem o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços³. Há, por assim dizer, um *panóptico ciberespacial* ou *Big-Brother* que controlará todos aqueles que quiserem ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença.⁴

poderá a ver-se o nosso *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 de 1995/1996]*, Coimbra: IJC, 1996.

¹ Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC 1994, OMC).

² Sobre a dicotomia tradicional dos modelos “Droit d’auteur” / “Copyright” poderá ver-se a nossa *Recensão* (Julia Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997*), in Boletim da Faculdade de Direito, 1998, p. 801-830.

³ Neste sentido, veja-se o novo Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro. Sobre a protecção da privacidade, veja-se especialmente a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 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 dos 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 n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997).

⁴ Sobre este “panóptico ciberespacial” poderá ver-se o nosso *Internet, direito de autor e acesso reservado*, in A. Pinto Monteiro (coord.), *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Coimbra: IJC, 1999, p. 263-273.

§ 4. Da Criação Literária e Artística ao Mercado dos Bens Culturais Como Objectos de Consumo

Estas considerações não pretendem afastar-nos de um tratamento técnico-sistemático dos problemas que esta admirável “propriedade tecnodigital” coloca¹. Trata-se, antes, de interrogações que devem ser levantadas e respondidas, pois que o sentido que assim se afirmar deverá presidir à regulamentação normativa. Nós pressupomos o estudo dessas regulamentações e é com base nisso que nos permitimos tecer aqui estas considerações.

Verificamos que, a propósito do direito de autor, assiste-se à criação de um direito marcadamente económico e de feições tecnológicas. Mas, neste processo, o autor literário e artístico — afinal, com Fernando Bronze, o “demiurgo instituidor de sentidos” —, já não é a personagem central ou o protagonista principal deste enredo normativo. É antes cada vez mais um mero figurante, ademais fungível em vista dos desenvolvimentos da inteligência artificial. O moderno direito de autor não tem como centro de gravidade o autor como pessoa física criadora no exercício da sua liberdade de criação intelectual, mas antes as empresas que operam nos mercados da comunicação e da informação. De direito da criação literária e artística o direito de autor transforma-se num direito de regulação dos mercados dos bens culturais, que tendem a ser considerados bens de consumo como os demais.

Deste “consumo de cultura” nos fala já, antes, Rogério Soares, na esteira de Jürgen Habermas. A Internet carrega no seu ventre a viragem do direito de autor para o acto económico do consumo. O autor não passa de sujeito, aliás fungível, na produção dos conteúdos informativos, que as empresas exploram pela distribuição junto de outras empresas e do próprio consumidor final.

§ 5. Economização Tecnológica do Direito, Razoabilidade do Legislador e as Conclusões Possíveis

Neste sentido, se nos interrogarmos actualmente pelo Código do Direito de Autor e a Internet, poderemos tirar algumas conclusões.

Para começar, o Código não foi feito para regular este novo meio de comunicação. Tal, aliás, não é de estranhar, pois que o mesmo sucede com a generalidade dos países. Claro que intencionalmente o Código é aberto aos meios de comunicação vindouros, como acentua Luiz Francisco Rebello. Porém, não oferece uma regulamentação específica com sistematicidade suficiente para as novas questões do multimedia, ao nível de categorias como a noção de obra e prestação, autoria e titularidade de direitos, conteúdo pessoal e patrimonial do direito, qualificação dos actos de utilização na Internet, as excepções e limites ao direito (mormente as utilizações livres), os aspectos jurídico-contratuais e a gestão dos direitos, e, sobretudo, a protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação.

Depois, a regulamentação destas questões foi claramente assumida pelas instituições comunitárias, nesta era de globalização. Assim é de esperar que o Código seja actualizado em função dos desenvolvimentos internacionais e comunitários, como tem sucedido com o acervo comunitário já constituído. Aguarda-se a transposição da directiva bases de dados. E, quando aprovada, juntar-se-á a directiva sobre aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação, na sequência dos Tratados OMPI.

¹ Veja-se a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra 1998 (em vias de publicação).

Todavia, contra uma certa prática que vem sendo seguida, o legislador deveria evitar a proliferação de legislação avulsa ao Código, ou que surge a título de apêndice que não se soube meter dentro do Código. Em causa está a qualidade das leis, que é da responsabilidade do legislador. E, a nosso ver, apesar deste tempo de fragmentaridade, o legislador não deveria abdicar da sua arte de codificação¹.

Para terminar, na transposição das directivas comunitárias, deverá o legislador português estar ciente da principiologia que as informa. E essa é de ordem mercantil, pois que o direito comunitário de autor gravita em torno, não do criador literário e artístico, mas da empresa, a bem do mercado interno e, agora, da construção da Sociedade da Informação. Como resulta do estudo das regulamentações já adoptadas ou em vias de o serem, a nível comunitário o direito de autor surge metamorfoseado ou transmutado numa espécie de propriedade tecnodigital, correndo-lhe nas veias uma seiva de economização tecnológica, que se verte no próprio acto de consumo de bens culturais.

Claro que o Estado Português é um membro de pleno direito da União Europeia e, como tal, incumbem-lhe também deveres. Um deles é, justamente, a transposição das directivas em conformidade com a sua letra e o seu espírito, para além do cumprimento do respectivo prazo de transposição². Sucede, todavia, que o espírito do legislador comunitário surge, as mais das vezes, comprometido com uma lógica puramente mercantilista e empresarial. Contudo, o direito de autor não se esgota numa dinâmica concorrencial de mercado, nem se deve apenas às empresas da informação e da comunicação. Por um lado, o autor, como pessoa humana criadora, não é fungível. Por outro, a informação tem um valor que transcende as suas utilidades económicas de produção, distribuição e consumo.³

Quer em nome da autoria humana criadora, quer em nome desse valor transcendental da informação, o Legislador Português deverá consagrar na letra das regulamentações um espírito próprio, que a bem da sua razoabilidade, cuide desses valores.

Tópicos

§ 1. Digitalização, Convergência e Interactividade: 1.1. A Internet como novo meio de comunicação que reúne os media tradicionais (imprensa, rádio, televisão, correio, telefone); 1.2. As mensagens sob forma digital e os conteúdos informativos multimedia; 1.3. A interactividade comunicativa.

¹ Como exemplos desta fragmentaridade legislativa referida no texto vejamos, especialmente, os Decretos-Lei n.º 332, 333, 334/97, todos de 27 de Novembro.

² Anuncia-se para breve a transposição da Directiva sobre a protecção jurídica das bases de dados. O prazo de transposição, porém, era até 1 de Janeiro de 1998.

³ No que respeita à importância do acesso à informação do sector público, particularmente pelos cidadãos com necessidades especiais, é de destacar a adopção de diversas medidas como sejam a disponibilização na Internet de informação detida pela Administração (Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de Agosto), a criação da Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais e a aprovação do respectivo Documento Orientador (Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de Agosto) e o estabelecimento de regras relativas à acessibilidade pelos cidadãos com necessidades especiais aos conteúdos de organismos públicos na Internet (Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, de 26 de Agosto). Neste contexto serão de considerar ainda os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, definidos pelo Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, bem como o Regime de Acesso ao 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). Sobre esta matéria, poderá ver-se o nosso *Bases de Dados de Órgãos Públicos: O Problema do Acesso e Exploração da Informação no Sector Público na Sociedade da Informação*, in 3.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação, Faculdade de Direito de Lisboa / APDI, Lisboa, Novembro de 1999.

§ 2. O Novo Paradigma Tecnológico e o Código do Direito de Autor: 2.1. A regulamentação típica do Código não abrange os problemas que a Internet coloca ao direito de autor (Documentação Comunitária, Livro Verde MSI, Documento Orientador INCI); 2.2. Diferentes abordagens no direito comparado: copyright v. concorrência desleal; 2.3. Referência à protecção dos serviços de acesso condicional (Directiva n.º 98/84/CE).

§ 3. A Metamorfose do Direito de Autor: 3.1. Relevância mercantil dos direitos de autor e a sua harmonização comunitária (do Mercado Interno à Sociedade da Informação); 3.2. Os programas de computador como obras literárias, a harmonização dos direitos conexos, a gestão colectiva obrigatória da retransmissão por cabo, o prazo de duração; o direito *sui generis* do produtor de bases de dados; 3.3. Os Tratados OMPI e a Proposta de Directiva; 3.4. Protecção jurídica da tatuagem electrónica e das portagens de acesso dos conteúdos informativos — para além do direito de autor clássico. 3.5. Tecnologia, Interesse Público e Privacidade.

§ 4. Da Criação Literária e Artística ao Mercado dos Bens Culturais como Objectos de Consumo: 4.1. O advento da “propriedade tecnodigital”; 4.2. O direito de autor como “a propósito” do admirável direito das empresas da informação e comunicação; 4.3. A viragem do direito de autor para o acto económico do consumo.

§ 5. Economização Tecnológica do Direito, Razoabilidade do Legislador e as Conclusões Possíveis: 5.1. A insuficiência regulamentar do Código; 5.2. Rumo ao direito de autor europeu, “a bem” do mercado interno e da Sociedade da Informação; 5.3. Codificação e fragmentaridade legislativa; 5.4. A principiologia mercantilista do espírito do legislador comunitário; 5.5. A autoria humana criadora e o valor transcendental da informação.

CIRCUITOS INTEGRADOS: PROTECÇÃO JURÍDICA DAS TOPOGRAFIAS DE PRODUTOS SEMICONDUTORES*

1. Introdução ao Problema da Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores

1.1. Valor Económico-Tecnológico dos Circuitos Integrados

Tributária do paradigma científico de Einstein, a indústria dos circuitos integrados nasceria em 1947 com o desenvolvimento do primeiro transistor “ponto-contacto” nos laboratórios Bell (EUA). Actualmente, o mercado mundial dos circuitos integrados aproxima-se dos 200 biliões de euros, afectando virtualmente a generalidade dos domínios económicos, desde as tecnologias da informação às telecomunicações, passando pelos sistemas de controlo de segurança de trânsito e pela medicina.

Em pouco mais de meio século de existência, os circuitos integrados surgiram e passaram a representar um papel de crescente importância em muitos sectores da indústria. Com efeito, a tecnologia dos semicondutores constitui actualmente um elemento fundamental de base do desenvolvimento industrial, dependendo as funções dos produtos semicondutores, em grande parte, das topografias desses produtos.

Numa perspectiva puramente tecnológica, o conceito de topografias de produtos semicondutores (ou circuitos integrados) tem dois aspectos. Por um lado, o *aspecto funcional*, isto é, a função do circuito integrado, que consiste no conjunto de operações lógicas que o circuito integrado é capaz de desempenhar. Por outro lado, o *aspecto físico*, ou seja, a configuração geométrica dos componentes do circuito integrado que desempenham essas funções.

Seguindo um critério de natureza funcional, podemos subdividir os circuitos integrados em dois tipos. Por um lado, os circuitos integrados cuja função é armazenar ou memorizar informação. Por outro lado, os circuitos integrados que servem para armazenar e desempenhar funções lógicas (processar) sobre informação (a maior parte do *hardware*). Esta distinção funcional está bem patente no facto de que, enquanto 90% do mercado dos circuitos integrados de memória é controlado por empresas japonesas (por ex., “Nec”, “Toshiba”, “Hitachi”, “Fujitsu”, “Mitsubishi”), 80% do mercado dos circuitos integrados lógicos (ou processadores) pertence a empresas estadunidenses (por ex., Intel, Motorola).¹

1.2. Balanço de Interesses

A concepção destas topografias exige o investimento de recursos humanos, técnicos e financeiros consideráveis. Porém, é possível copiar essas topografias a um custo muito inferior ao exigido por uma concepção autónoma. Por exemplo, enquanto o desenvolvimento de um circuito integrado pode custar 100 milhões de euros, a sua réplica poderá ficar-se pelos 50 mil euros.

Isto permite compreender as razões económicas e sociais que animam o problema da protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores. Por um lado, o poderoso mercado dos circuitos integrados, que regista uma curva acentuada de crescimento na procura pela generalidade dos

* *Direito Industrial – II* (Almedina, 2002: 309-340).

¹ Vide Andrew Christie, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, 1995, p. 16 s.

sectores económicos. Por outro lado, a profunda desproporção entre o custo de concepção de uma topografia e o custo da sua reprodução.

Os interesses das indústrias de concepção de topografias de produtos semicondutores surgem como o primeiro nível de protecção, reclamando um exclusivo de utilização económica das suas topografias. Trata-se de proteger, sobretudo, o investimento das empresas de concepção de topografias. Esta protecção poderia obter-se nos termos da repressão da concorrência desleal¹. Porém, tal via não acautelaria seguramente os interesses, prestando-se à incerteza da casuística.

Além disso, o problema da protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores suscita questões de natureza concorrencial, que decorrem especialmente da importância dos circuitos de processamento. A ponderação de todos estes interesses levanta problemas quanto à existência e ao âmbito de direitos de propriedade intelectual sobre as topografias de produtos semicondutores.

Por um lado, coloca-se a questão da fonte alternativa (*second sourcing*), isto é, da necessidade de assegurar o fornecimento por dois ou mais fornecedores, acautelando descontinuidades de fornecimento resultantes de greves, incêndios ou concorrência de preços. Num regime de direitos de propriedade intelectual, a questão da fonte alternativa prende-se com a instituição de um sistema de licenças não voluntárias.

Por outro lado, põe-se o problema da normalização (*standardisation*), isto é, da produção de produtos compatíveis. O problema da normalização está em saber se um fabricante pode impedir um concorrente de produzir e fornecer circuitos integrados compatíveis ou substitutos, o que dependerá da existência e âmbito da propriedade intelectual sobre esses aspectos da topografia. Ou seja, saber se a topografia será protegida apenas quanto à sua forma ou também quanto à sua função. Com efeito, a arquitectura, por exemplo, do processador “Intel” condiciona o sistema operativo DOS (*disk operating system*) e, conseqüentemente, os programas aplicativos (ou *software* de aplicações).

2. Solução Jurídico-Legislativa: A Nova Propriedade Intelectual

2.1. Patentes, Modelos, Direitos de Autor e Direitos *Sui Generis*

A especificidade das topografias de produtos semicondutores prejudicou a sua assimilação aos objectos tradicionais da propriedade intelectual, considerando-se de um modo geral que dificilmente poderiam satisfazer os requisitos de protecção ora dos direitos das patentes, modelos e desenhos, ora dos direitos de autor. Em relação aos primeiros as topografias não seriam resultantes de actividade inventiva e, além do mais, a sua natureza funcional exclui-las-ia dos segundos. Em suma, tratar-se-ia de “uma nova forma de propriedade intelectual”².

Nesse sentido, firmou-se o entendimento da criação de um direito de propriedade intelectual *sui generis*, que fosse um misto de direito das patentes e de direitos de autor, em atenção à natureza híbrida das topografias de produtos semicondutores.

2.2. US Semiconductor Chip Protection Act (1984)

A primeira Lei sobre circuitos integrados surgiu nos EUA. Neste país, depois de rejeitada uma proposta de inclusão das TSC na Lei do *Copyright*, seria adoptada em 1984 a Lei de Protecção dos

¹ Através, nomeadamente, da figura da concorrência parasitária.

² Vide Frank Gotzen (ed.), *Chip Protection: A New Form of Intellectual Property*, Brussel: Bruylant, 1990.

Produtos Semicondutores¹. Esta Lei consagrou uma forma *sui generis* de protecção, permitindo a descompilação ou engenharia regressiva (*reverse engineering*) para a criação de topografias derivadas alternativas².

Além do mais, desvinculada das Convenções Internacionais, esta forma *sui generis* de protecção seria concedida a nacionais de, ou a topografias primeiramente exploradas em outros países apenas numa base de reciprocidade material.

2.3. Directiva Topografias de Produtos Semicondutores (1987), Tratado de Washington (1989), Acordo ADPIC (1994)

A US Semiconductor Chip Protection Act (1984) foi uma medida pioneira, tendo servido de modelo às diversas Leis que seriam adoptadas por vários países. Com efeito, a lei estadunidense seria seguida, em termos semelhantes, pelo Japão (1985) e, posteriormente, pela Comunidade Europeia (1986)³. Seguiram-lhes países como a Suécia (1986), a Suíça (1988) e a Austrália (1989).

No plano internacional foi adoptado, na Conferência Diplomática da OMPI, em Washington (DC), Maio de 1989, o Tratado sobre a Protecção da Propriedade Intelectual respeitante aos Circuitos Integrados⁴, apesar do voto contra das delegações do Japão e dos EUA. Este Tratado segue a terceira via de direitos de propriedade intelectual, consagrando uma forma de protecção autónoma da propriedade industrial e do direito de autor.

Recentemente, o Tratado de Washington foi integrado no Acordo ADPIC (TRIPS)⁵, o qual obriga as Partes Contratantes a conceder protecção às topografias de produtos semicondutores de acordo com o Tratado de Washington, sujeita a uma exclusão e algumas modificações (TRIPS, Art. 35). A exclusão e as modificações são previstas nos artigos 36 a 38 do TRIPS: é excluído o art. 6(3) do Tratado sobre licenças compulsórias e as modificações respeitam essencialmente a outros aspectos do Tratado, com os quais os EUA não concordavam⁶.

Com a entrada em vigor do TRIPS, o Tratado de Washington ressuscitou, de modo a conceder um regime de protecção internacional para as TPC baseado no princípio do tratamento nacional ao invés do princípio da reciprocidade.

2.4. A Situação Portuguesa: A Lei n.º 16/89, de 30 de Junho, e o “Novo” Código da Propriedade Industrial (1995)

¹ US Semiconductor Chip Protection Act (1984). Sobre esta lei, *vide*, por ex., R. Oman, *Urheberrecht, Computerprogramme und Halbleiterchips in den USA*, GRUR Int. 1992, p. 886 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil).

² Trata-se da “clonagem” de circuitos integrados funcionalmente equivalentes, ainda que expressivamente dissemelhantes.

³ Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores. Vide, por ex., Vincenzo Franceschelli, *La protezione giuridica del firmware e delle topografie dei prodotti a semiconduttori*, Rivista di Diritto Industriale, 1988, p. 232; Ettore Giannantonio, *The legal protection of semiconductor chips*, in E. Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1998, I. *Legal Informatics*, p. 1221; Dirk Schroeder, *Computer Software Protection and Semiconductorchips*, London: Butterworths, 1990.

⁴ Treaty on the Protection of Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits (WIPO, 1989).

⁵ Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC), de 15 de Abril de 1994.

⁶ Nomeadamente, a infracção por negociação comercial, infracção inocente e a duração de protecção.

Em Portugal, a protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores é objecto de um regime próprio¹, que foi adoptado em transposição da Directiva Comunitária². Além disso, por remissão do art. 35.º do APDIC em vigor desde 1 de Janeiro de 1996, o Tratado de Washington obriga Portugal desde essa data, nos termos daquele Acordo.

São estas as principais fontes da protecção das topografias de produtos semicondutores na ordem jurídica portuguesa.

Um outro aspecto a considerar é o facto de a nossa Lei mandar regular certos aspectos por remissão para normas do antigo Código da Propriedade Industrial. Ora, este Código foi revogado pelo “Novo” Código da Propriedade Industrial³, tornando necessário actualizar aquelas remissões para os actuais artigos.⁴

2.5. O Projecto de Alteração do Código da Propriedade Industrial

Além disso, o Projecto de Alteração ao novo CPI integra a protecção das topografias dos produtos semicondutores no Código da Propriedade Industrial. Dedicá-lhes um capítulo autónomo⁵, que integra por via de remissões para o direito das patentes⁶, no que respeita a regras gerais e especiais de titularidade do registo e direitos do criador (1), à não oponibilidade do registo a terceiros de boa-fé (2), à perda e expropriação do registo (3), a licenças de exploração obrigatória (4), à invalidade do registo (5).

O Projecto, a ser aprovado, permitirá arrumar esta problemática. Com efeito, as remissões da presente Lei para artigos do antigo Código da Propriedade Industrial tornam o regime actual algo precário, exigindo um esforço de actualização remissiva para o actual Código.

Além disso, o projecto, na generalidade, continua as soluções da Lei de 89 e da Directiva, embora em algumas normas opte por consagrar a formulação literal das regras sobre topografias constantes do Acordo ADPIC.

3. Análise Comparativa da Directiva Comunitária, da Lei Portuguesa e do Direito Internacional

3.1. Harmonização Intermédia de Princípios Básicos

¹ Lei n.º 16/89, de 30 de Junho.

² Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores.

³ Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro.

⁴ Neste sentido, Manuel Ohen Mendes, *Tutela Jurídica das Topografias de Circuitos Integrados*, in *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95, embora reconhecendo que se trata de uma “solução, todavia, não isenta de dúvidas”. Com efeito, uma orientação estritamente formalista da interpretação negará esse resultado, defendendo antes que essas remissões não deverão ser actualizadas em virtude de o Novo Código da Propriedade Intelectual ter alterado o anterior regime sem fazer qualquer menção ao problema das topografias de produtos semicondutores. Neste sentido, aquelas disposições da Lei das Topografias que remetem para o antigo Código da Propriedade Intelectual dever-se-iam considerar revogadas por contradição lógica. Seria este um caso típico de interpretação *ab rogante*, pois aquelas normas remetem para normas que, entretanto, deixaram de existir, sem qualquer ressalva. Todavia, segundo uma jurisprudência do razoável, parece-nos que a lacuna que assim se gerou ter-se-á ficado a dever a um lapso do legislador, o qual, enquanto não for formalmente rectificado, deverá ser suprido pelo intérprete, a quem cabe cuidar da razoabilidade do legislador. E, justamente, parece-nos razoável suprir esse lapso por via da actualização das remissões da Lei das Topografias para os correspondentes artigos do “Novo” Código da Propriedade Intelectual.

⁵ Arts. 153.º a 173.º.

⁶ Arts. 55.º a 69.º, com excepção do art. 60.º; arts. 102.º a 110.º.

No Livro Branco para o Conselho Europeu sobre a Realização do Mercado Interno, a Comissão considerou a adopção de medidas de harmonização comunitária no domínio da propriedade intelectual como um instrumento importante para a realização do mercado único.¹ Após este documento, seria adoptada a Directiva Topografias de Produtos Semicondutores², que constituiu um primeiro passo rumo ao direito europeu da propriedade intelectual. Com efeito, posteriormente, em cerca de uma década seriam adoptadas diversas medidas de harmonização, ora no domínio dos direitos de autor³, ora no domínio da propriedade industrial (patentes, modelos e marcas)⁴, que integram, juntamente com a pioneira Directiva sobre os circuitos integrados, o acervo comunitário de fonte legislativa no âmbito da propriedade intelectual, encontrando-se outras medidas em discussão⁵.

Ora, a Directiva Topografias de Produtos Semicondutores⁶ foi adoptada em virtude de, em meados da década de oitenta, a legislação em vigor dos Estados-membros não proteger claramente as topografias dos produtos semicondutores. Além disso, essa protecção, quando existente, apresentava características diferentes, as quais se acentuariam à medida que os Estados-membros fossem adoptando novas medidas legislativas neste domínio.

Estas diferenças actuais e futuras da legislação dos Estados-membros teriam efeitos negativos directos no funcionamento do mercado comum, sendo por isso conveniente suprimi-las e impedir o surgimento de novas diferenças com tais efeitos.

Trata-se de uma medida de harmonização intermédia, uma vez que deixa provisoriamente para os Estados-membros determinadas matérias. Com efeito, ressalva-se que se necessário podem ser posteriormente consideradas outras medidas relativas à protecção jurídica das topografias dos produtos semicondutores na Comunidade, sem prejuízo da urgência de observância pelos Estados-membros dos princípios fundamentais comuns nos termos da directiva.

¹ *A Realização do Mercado Interno*, COM(85) 310 final, 14.06.1985, p. 38 ss.

² Directiva 87/54/CEE, do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores (JO L 024, 27.01.1987).

³ *Vide*, no domínio do *direito de autor e direitos conexos*: Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica de programas de computador (JO L 122, 17.05.1991); Resolução do Conselho, de 14 de Maio de 1992, relativa ao reforço da protecção dos direitos de autor e direitos conexos (JO C 138, 28.5.1992); Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer e ao direito de comodato e a certos direitos relacionados com o direito de autor no domínio da propriedade intelectual (JO L 346, 27.11.1992); Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de certas regras respeitantes ao direito de autor e aos direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (JO L 248, 6.10.1993); Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, que harmoniza a duração da protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (JO L 290, 24.11.1993); Directiva 96/9/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (JO L 077, 27.03.1996).

⁴ No âmbito específico da propriedade industrial, *vide*, nomeadamente: Primeira Directiva n.º 89/104/CEE, do Conselho, que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (JO L 040, 11.02.1989); Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO L 011, 14.01.1994); Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de Dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, sobre a marca comunitária; Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção de variedades vegetais (JO L 227, 01.09.94), seguido de vários Regulamentos relativos à sua execução; Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos (JO L 198, 8.8.1996); Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal dos modelos e desenhos; Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas (JO L 213, 30.7.1998).

⁵ Veja-se, nomeadamente, no domínio dos direitos de autor, 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.

⁶ Cujas data de transposição era até 7 de Novembro de 1987.

Assim, por um lado, entende-se que o quadro jurídico da protecção comunitária das topografias de produtos semicondutores pode, num primeiro momento, limitar-se a determinados princípios. Estes princípios básicos concretizam-se num regime que define quem deve ser protegido e qual o objecto de protecção, bem como os direitos exclusivos em que as pessoas protegidas se podem fundamentar para autorizar ou proibir determinados actos, as excepções a esses direitos e o prazo de protecção.

Por outro lado, ao âmbito do direito nacional foram deixados, “por agora”, outros aspectos, como a questão de saber se o registo ou o depósito constitui uma condição necessária para a protecção (1), e se e em que condições podem ser concedidas licenças não voluntárias relativas a topografias protegidas, sem prejuízo da exclusão das licenças concedidas devido unicamente ao facto de ter decorrido um determinado período de tempo (2). Deixou-se ainda à liberdade dos Estados-membros a questão da extensão da protecção a pessoas no exterior da Comunidade, desde que não tenham sido tomadas decisões comunitárias num prazo determinado.

Por fim, a directiva não pretendeu proteger em exclusividade as topografias dos produtos semicondutores, considerando que a protecção concedida não deverá constituir obstáculo à aplicação de outras formas de protecção.

3.2. Sequência

A Directiva obriga os Estados-membros a regularem a protecção das topografias de produtos semicondutores através de disposições legislativas que confirmam direitos exclusivos de acordo com a directiva. Nesse sentido, vamos analisar o teor da Directiva e os termos da sua transposição para a ordem jurídica portuguesa, percorrendo tópicos como o objecto ou noção de topografia de produto semicondutor, os requisitos de protecção, os beneficiários e a protecção internacional, o conteúdo dos direitos, a duração e a manutenção de outras disposições legais.

Além disso, por remissão do art. 35.º do APDIC em vigor desde 1 de Janeiro de 1996, o Tratado de Washington obriga Portugal desde essa data, nos termos daquele Acordo. Pelo que interessa também apurar a conformidade da lei portuguesa (e da directiva comunitária) com o direito internacional¹.

3.3. Objecto de Protecção

A Directiva delimita positiva e negativamente o objecto de protecção.

Positivamente, mediante a definição de topografia de produto semicondutor para efeitos do regime que institui². Por topografia de um produto semicondutor entende-se o conjunto de imagens relacionadas, quer fixas, quer codificadas, que representem a disposição tridimensional das camadas de que o produto semicondutor se compõe (1) e em que cada imagem possui a disposição ou parte da disposição de uma superfície do produto semicondutor em qualquer fase do seu fabrico (2). Esta noção de topografia é informada pela definição de produto semicondutor, que consiste na forma final ou intermédia de qualquer produto que consista num corpo de material que inclua uma camada de material semicondutor (1) e que possua uma ou mais camadas compostas de material condutor, isolante ou semicondutor, estando as camadas dispostas de acordo com um modelo tridimensional

¹ O Tratado de Washington permite às Partes Contratantes a implementação do seu regime através de lei especial sobre topografias, ou da lei dos direitos de autor, das patentes, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais, da concorrência desleal ou qualquer outra lei ou uma combinação dessas leis (art. 4.º). A lei portuguesa respeita portanto essa liberdade de forma.

² Art. 1.º, 1, a/b, DTSP.

pré-determinado (2) e destinado a desempenhar uma função electrónica, quer exclusivamente, quer em conjunto com outras funções (3).¹

Negativamente, pois certos elementos são excluídos: a protecção concedida às topografias de produtos semicondutores incide apenas sobre a topografia propriamente dita, com exclusão de qualquer conceito, processo, sistema, técnica ou informação codificada incorporadas nessa topografia.²

A Lei da Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores define o objecto de protecção em termos semelhantes à Directiva.

Por um lado, delimita-o positivamente através da definição de topografia de produto semiconductor (art. 2.º). Por topografia de um produto semiconductor entende-se o conjunto de imagens relacionadas, quer fixas, quer codificadas (1), que representem a disposição tridimensional das camadas de que o produto se compõe (2), em que cada imagem possua a disposição ou parte da disposição de uma superfície do mesmo produto, em qualquer fase do seu produto (3) isto é, final ou intermédia³. A noção de topografia é informada pela noção de produto semiconductor, que também é definida. Por produto semiconductor entende-se a forma final ou intermédia de qualquer produto (1) que, cumulativamente: consista num corpo material que inclua uma camada de material semiconductor (2); possua uma ou mais camadas compostas de material condutor, isolante ou semiconductor, estando as camadas dispostas de acordo com um modelo tridimensional predeterminado (3); e seja destinada a desempenhar uma função electrónica, quer exclusivamente, quer em conjunto com outras funções (4).⁴

Por outro lado, delimita negativamente o objecto de protecção, dispondo que a protecção concedida às TPS só é aplicável à topografia propriamente dita, excluindo-se dessa protecção os conceitos, processos, sistemas, técnicas ou informações codificadas nela incorporados (art. 3.º, 6).

3.4. Requisitos de Protecção: Originalidade e Depósito

Em matéria de requisitos de protecção, a Directiva começou por consagrar um requisito de originalidade, que mais se assemelha a um misto da originalidade dos direitos de autor com a novidade do direito das patentes. Com efeito, a originalidade é definida (art. 2.º, 2), em termos de a topografia de produto semiconductor ser protegida na medida em que satisfaça dois requisitos. Primeiro, deverá resultar do esforço intelectual do seu próprio criador (1). Segundo, não poderá ser conhecida na indústria dos semicondutores (2). Prevê-se, ainda, o caso de a topografia de produto semiconductor consistir em elementos conhecidos na indústria de semicondutores. Neste caso, a topografia de produto semiconductor poderá ser protegida apenas na medida em que a *combinação* de tais elementos, encarada no seu conjunto, satisfizer os dois requisitos enunciados. Isto é, considerada

¹ Com vista à sua adaptação em função do progresso técnico, é prevista a possibilidade de alteração da definição de produto semiconductor pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão (art. 1.º, 2, DTSP).

² Art. 8.º DTSP. Neste sentido, já antes nos EUA, §902(c) SCA. Este princípio é caro aos direitos de autor, estando entre nós consagrado no art. 1.º, 2, do Código do Direito de Autor.

³ Art. 3.º, 1, LTSP.

⁴ Esta noção, que seria retomada pela Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto, art. 2.º-d/e), é decalcada da definição da Directiva. Parece corresponder-lhes a noção, embora mais simplificada, do Tratado de Washington (art. 2, i, ii). A dúvida colocar-se-ia eventualmente na utilização pelo Tratado da expressão “disposição tridimensional de qualquer modo expressa”. Porém, se atendermos à terminologia “quer fixas quer codificadas” da Directiva e da nossa Lei, parece ser legítimo concluir pela correspondência.

como um todo, a combinação de tais elementos, e não os elementos em si, deverá resultar do esforço intelectual do seu próprio criador e não poderá ser conhecida na indústria de semicondutores.

Em termos idênticos, a Lei Portuguesa consagrou o requisito de “originalidade” da Directiva comunitária (art. 3.º, 3/4). Assim, a TPS será protegida na medida em que resulte do esforço intelectual próprio do seu criador (1) e não seja conhecida na indústria dos semicondutores (2). Além disso, mesmo que a topografia consista em elementos conhecidos da indústria de semicondutores poderá ainda ser protegida na medida em que a combinação desses elementos, no seu conjunto, resulte do esforço intelectual próprio do seu criador e não seja conhecida na indústria dos semicondutores.¹

Definido o requisito da “originalidade”, a Directiva reservou depois aos Estados-membros a possibilidade de condicionarem a protecção a registo ou depósito (Art. 4.º). Com efeito, permitiu-lhes dispor que a topografia não beneficiará ou deixará de beneficiar dos direitos exclusivos se não tiver sido apresentado um pedido de registo em devida forma junto de uma autoridade pública num prazo de dois anos a contar da sua primeira exploração comercial. Além do registo, possibilitou ainda aos Estados-membros exigirem o depósito, junto de uma autoridade pública, de material que identifique ou exemplifique a topografia ou qualquer combinação desta, bem como uma declaração da data da primeira exploração comercial da topografia, quando esta anteceda a data do pedido de registo.² Não obstante, optando pela via do depósito, os Estados-membros ficaram obrigados a assegurar que o material assim depositado não fique à disposição do público, quando constituir um segredo comercial, sem prejuízo de tal material poder ser divulgado na sequência de uma decisão judicial ou de outra autoridade competente resultante de um litígio relativo à validade ou infracção dos direitos exclusivos.³

O legislador português optou por esta via, condicionando a protecção da TPS à realização de depósito. Sendo que o depósito não pode efectuar-se depois de decorridos dois anos a contar da primeira exploração comercial da topografia em qualquer lugar (1), nem após o prazo de quinze anos a contar da data em que ela tenha sido fixada ou codificada pela primeira vez no caso de nunca ter sido explorada (2). Isto significa que, decorridos os referidos prazos nas respectivas circunstâncias, caduca o direito a protecção, uma vez que o depósito não pode efectuar-se e a protecção depende da realização de depósito.

O depósito de topografia não “original” ou realizado fora dos prazos referidos é ferido de nulidade (arts. 3.º, 3, 8.º-a). É ainda nulo quando tenha sido efectuado com preterição das formalidades legais (art. 8.º-b), que se traduzem, nos termos dos arts. 18.º e 19.º, em pedido de depósito mediante requerimento, redigido em português, com indicação, por um lado, do nome, firma ou denominação

¹ Em termos próximos à Directiva e à nossa Lei, veja-se o art. 3.º, 2, do Tratado de Washington. E, já antes, veja-se a Lei dos EUA (§ 902 (b)).

² Por exploração comercial entende-se (art. 1.º, 1-c) a venda, aluguer, locação financeira ou qualquer outro método de distribuição comercial ou qualquer oferta para esse fim, ressalvando-se, porém, que nestes e noutros casos, a exploração comercial não deve incluir a exploração em condições de confidencialidade na medida em que não se verifique uma distribuição a terceiros. Desta ressalva exceptuam-se, porém, os casos de a exploração de uma topografia ser feita em condições de confidencialidade exigidas por uma medida nos termos do art. 296.º, 1-b, do Tratado de Roma (antigo art. 223.º). Esta disposição prevê que qualquer Estado-membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, ressalvando embora que tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.

³ Por seu turno, os Estados-membros que exigirem o registo deverão consagrar o direito de recurso a favor da pessoa que beneficie do direito à protecção nos termos da directiva e que possa provar que outra pessoa pediu ou obteve o registo de uma topografia sem a sua autorização.

social do requerente, sua nacionalidade, profissão e domicílio ou lugar em que está estabelecido, e, por outro, das reivindicações que caracterizam a topografia; a este requerimento devem juntar-se, em triplicado, resumo das características da topografia e descrição da topografia e das respectivas reivindicações, nos termos do art. 15.º, 1, 2 e 3 do antigo CPI [veja-se, agora, o art. 57.º do novo CPI].

A Lei Portuguesa não consagra expressamente, porém, que o material depositado, quando constitua segredo comercial, não fique à disposição do público. Parece-nos que, numa interpretação conforme à Directiva, poder-se-á integrar esta lacuna por remissão para a Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA), que permite à Administração recusar o acesso a documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas.¹ Idêntica disposição resulta do Código de Procedimento Administrativo, dispondo que os interessados não têm o direito de consultar processos que contenham documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial².

3.5. Taxas

A Directiva possibilitou aos Estados-membros exigirem o pagamento de taxas que não excedam os custos administrativos do registo e do depósito nos referidos termos.

Exercendo essa possibilidade, a lei portuguesa estabeleceu que pelos diversos actos nela previstos são devidas taxas a fixar por portaria do Ministro da Indústria e Energia (art. 20)³. Seria discutível se estas taxas não excederiam os custos administrativos do depósito. Não obstante, o Tratado de Washington permite a cobrança de taxas, sem condicionar os seus montantes (art. 7.º, 2-c).

3.6. Conteúdo dos Direitos Exclusivos

A Directiva define positiva e negativamente o conteúdo dos direitos exclusivos (Art. 5.º).

Por um lado, no que respeita ao recorte positivo, os direitos exclusivos incluem os direitos de autorizar ou proibir qualquer um dos seguintes actos: 1.º a reprodução de uma topografia; 2.º a exploração comercial ou a importação para esse efeito de uma topografia ou de um produto semiconductor fabricado mediante a utilização da topografia.⁴ Em ordem a integrar a hipótese desta norma, a exploração comercial é definida (art. 1.º, 1-c), em termos de consistir na venda, aluguer, locação financeira ou qualquer outro método de distribuição comercial ou qualquer oferta para esse fim, ressalvando-se que nestes e noutros casos, a exploração comercial não deve incluir a exploração em condições de confidencialidade na medida em que não se verifique uma distribuição a terceiros. Desta ressalva exceptuam-se, porém, os casos de a exploração de uma topografia ser feita em condições de confidencialidade exigidas por uma medida nos termos do art. 296.º, 1-b, do Tratado de Roma (antigo art. 223.º). Esta disposição prevê que qualquer Estado-membro pode tomar as medidas

¹ LADA, Art. 10.º, 1. Lei n.º 63/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho.

² CPA, Art. 62.º, 1. Decreto-Lei n.º 442/91, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro. Além disso, nos termos do art. 7.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto), será punível com pena de um a cinco anos quem, não estando para tanto autorizado e com a intenção de alcançar, para si ou para outrem, um benefício ou vantagem ilegítimos, aceder a um sistema ou rede informático e através desse acesso tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei, sendo a tentativa punível.

³ Actualmente, estas taxas estão previstas na Portaria n.º 418/98, de 21 de Julho. Assim, por exemplo, o pedido de depósito de TPS custará 7800\$00.

⁴ Em termos próximos, ver o Tratado de Washington, art. 6.º, 1-a. Este Tratado permite que as Partes Contratantes integrem outros actos como ilícitos se praticados sem autorização do titular do direito (art. 6.º, 1-b).

que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, ressalvando embora que tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.

Por outro lado, no que respeita ao recorte negativo dos direitos exclusivos, a Directiva possibilita aos Estados-membros permitirem a reprodução a título privado de uma topografia para fins não comerciais. Se a reprodução privada para fins não comerciais é deixada ao arbítrio dos Estados-membros, já dos direitos exclusivos é expressamente excluída a reprodução para fins de análise, avaliação ou ensino de conceitos, processos, sistemas ou técnicas incorporados na topografia propriamente dita¹, permitindo ademais a criação por terceiros de topografias originais com base nesta análise e avaliação de outra topografia², em razão de os direitos exclusivos não serem extensivos a topografias originais concebidas com base numa análise e numa avaliação de outra topografia assim efectuadas.³

Também o exclusivo de exploração comercial é negativamente delimitado. Para começar, o direito exclusivo de exploração comercial ou importação para esse efeito esgota-se em relação aos actos praticados depois de a topografia ou de o produto semiconductor ter sido colocado no mercado de um Estado-membro pela pessoa habilitada a autorizar a sua comercialização ou com o seu consentimento⁴. Depois, não é impedido de explorar comercialmente o produto, quem, ao adquirir

¹ Acresce que a protecção concedida às topografias de produtos semicondutores incide apenas sobre a topografia propriamente dita, com exclusão de qualquer conceito, processo, sistema, técnica ou informação codificada incorporadas nessa topografia (art. 8.º). Esta solução é considerada já como uma forma de permitir o *reverse engineering* do *lay-out* da topografia de terceiros. Cfr. Alfred Meijboom, *The EC Directive on Software Copyright Protection*, in H. Jongen/ A. Meijboom (eds.), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer: Kluwer, 1993, p. 15.

² Vide J. Oliveira Ascensão, *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 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996, p. 337-8.

³ O mesmo não se permitiria, posteriormente, em sede de programas de computador. Veja-se o art. 7.º, 2-a, da Directiva n.º 91/252/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Com efeito, a Directiva Programas de Computador, para além de admitir a descompilação apenas em circunstâncias restritas, proíbe a utilização das informações assim obtidas para outros fins que não sejam assegurar a interoperabilidade entre sistemas informáticos. Isso significa que o regime das topografias é mais generoso, quer no acesso às informações, quer no que respeita à sua utilização. Não obstante, o regime dos programas de computador parece ter sido decalcado desta primeira experiência. Considerava-se a propósito que o “sistema legislativo fornecendo protecção *sui generis* para as topografias de circuitos integrados foi, até recentemente, único entre os regimes de propriedade intelectual ao excepcionar expressamente certos actos de ‘reverse engineering’. [...] As implicações da política de concorrência dos direitos de propriedade intelectual na tecnologia da informação são tais, contudo, que a lei do direito de autor seguiu, pela primeira vez, a lei de protecção das topografias de circuitos integrados, e recentemente adoptou defesas expressa de *reverse engineering*.” (Andrew Christie, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, 1995, p. 136).

Em sede de circuitos integrados, a excepção de descompilação e criação de topografias funcionalmente idênticas foi primeiramente adoptada nos EUA (§ 906(a)), onde só mais tarde, por via da casuística jurisprudencial, se viria a admitir a licitude do *reverse engineering* para fins de interoperabilidade segundo o princípio de *fair use*. Cfr. a nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998, §§ 41 e 55. Por outro lado, o Tratado de Washington consagra também esta figura (art. 6.º, 2). Esta excepção prossegue o imperativo de normalização neste sector das tecnologias da informação, recortando o conteúdo dos direitos exclusivos em conformidade com a delimitação negativa do objecto de protecção desta forma de propriedade intelectual.

Por outro lado, em matéria de conformidade dos acordos de transferência de tecnologia às regras comunitárias de defesa da livre concorrência no mercado interno, é importante referir que o Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão de 31 de Janeiro de 1996 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, equipara as topografias às patentes para efeitos do regime que institui (cfr. art. 8.º, 1-d).

⁴ A consagração do esgotamento comunitário do direito de exploração comercial não afecta o Acordo ADPIC, que prevê expressamente que nenhuma das suas disposições será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos

um produto semiconductor, não saiba nem tenha razões plausíveis para supor que o produto está protegido por qualquer direito exclusivo concedido por um Estado-membro, nos termos do disposto na directiva. Porém, relativamente aos actos praticados depois de a pessoa saber ou ter razões plausíveis para supor que o produto semiconductor está protegido nos referidos termos, os Estados-membros deverão assegurar que, a pedido do titular do direito, possa ser exigido judicialmente o pagamento de uma remuneração adequada em cumprimento do disposto na legislação nacional.¹

O legislador português definiu o direito de protecção como o direito exclusivo de dispor da topografia (art. 3, 1), pelo qual se entende o direito ao seu uso exclusivo em todo o território português, produzindo, fabricando, vendendo ou explorando essa topografia ou os objectos em que ela se aplique (art. 10). Acrescentou, porém, que a subsistência do direito de uso exclusivo é condicionada à obrigação de o fazer de modo efectivo e de harmonia com as necessidades da economia nacional (10, *in fine*).²

O exclusivo de dispor da topografia consiste no direito de autorizar ou proibir dois grandes tipos de actos (a reprodução e a exploração comercial ou importação), recortados positiva e negativamente.³

Por um lado, a reprodução da topografia protegida (arts. 12.º-a, 13.º). O direito de reprodução é delimitado negativamente no sentido de não abranger: a reprodução, a título privado, de uma topografia para fins não comerciais (1), tal como possibilitado pelo Directiva; a reprodução para efeitos de análise, avaliação ou ensino (2); e a criação, a partir dessa análise ou avaliação, de uma topografia distinta que possa beneficiar da protecção prevista (3).

Por outro lado, a exploração comercial ou importação para esse efeito de uma topografia ou de um produto fabricado mediante a utilização dessa topografia (arts. 14, 15)⁴. A Lei Portuguesa não define, porém, o conceito de exploração comercial. Não obstante, segundo o princípio da interpretação conforme à Directiva, deveremos utilizar o conceito previsto na Directiva, nos termos do qual (art. 1.º, 1-c) a exploração comercial consiste na venda, aluguer, locação financeira ou qualquer outro método de distribuição comercial ou qualquer oferta para esse fim, ressalvando-se, porém, que nestes

de propriedade intelectual (Art. 6.º). O esgotamento comunitário do direito de exploração comercial, formulado nos referidos termos, poderia conflitar com o não esgotamento comunitário do direito de aluguer em matéria de direitos de autor. Não obstante, como veremos, as disposições aplicáveis de direitos de autor são restritas às faculdades de reprodução.

¹ Ver, em termos próximos, o art. 37.º APDIC.

² O Tratado de Washington permite às Partes Contratantes não protegerem as topografias enquanto estas não forem normalmente exploradas comercialmente, separadamente ou incorporadas num circuito integrado, em qualquer parte do mundo (art. 7.º, 1).

³ A definição destes dois tipos de actos informará a hipótese do art. 9.º, 2, da Lei da Criminalidade Informática. Esta disposição estatui a aplicabilidade da pena prevista para a chamada “reprodução ilegítima de programa protegido”, que se traduz em pena de prisão até três anos ou pena de multa, a quem ilegitimamente reproduzir topografia de um produto semiconductor ou a explorar comercialmente ou importar, para estes fins, uma topografia de produto semiconductor fabricado a partir dessa topografia.

⁴ Esta norma, correspondente à Directiva, é reformulada pelo Acordo ADPIC (art. 36.º), no sentido de se tratar do direito exclusivo de proibir ou autorizar os actos de importação, venda ou distribuição por qualquer outra forma com finalidade comercial de uma topografia protegida, de um produto semiconductor em que é incorporada uma topografia protegida, ou um artigo em que é incorporado um produto semiconductor desse tipo, apenas na medida em que se continue a incluir uma topografia ilegalmente reproduzida. O Projecto de Alteração do CPI adopta esta última redacção.

e noutros casos, a exploração comercial não deve incluir a exploração em condições de confidencialidade na medida em que não se verifique uma distribuição a terceiros¹.

Já à semelhança da Directiva, é consagrado o princípio do esgotamento, nos termos do qual o exclusivo de exploração comercial esgota-se relativamente aos actos praticados depois de a topografia ou de o produto semiconductor ter sido colocado no mercado de um Estado membro das Comunidades Europeias pela pessoa habilitada a autorizar a sua comercialização ou com o seu consentimento.²

Como limite ao exclusivo de exploração comercial é ainda de considerar que o adquirente de boa-fé que ignore ser o produto semiconductor protegido não está impedido de o explorar comercialmente. E, se tiver conhecimento superveniente da protecção do produto semiconductor, não fica impedido de prosseguir a sua exploração. Porém, a pedido do titular do direito exclusivo pode ser judicialmente obrigado a pagar remuneração adequada. O mesmo vale para os seus sucessores ou representantes legais.

A Lei portuguesa prevê ainda regras em matéria de transmissão dos direitos e licenças de exploração. Dispõe, por um lado, no art. 16.º, que o direito exclusivo pode ser, total ou parcialmente, transmitido. Para o efeito, exige-se requisito de forma, pois a transmissão deverá ser feita por documento escrito, autêntico ou autenticado. Além disso, consagra-se ainda um requisito de eficácia *erga omnes* do negócio, uma vez que a transmissão só produz efeitos em relação a terceiros depois de ser autorizada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Esta possibilidade foi deixada aos Estados-membros pela Directiva, permitindo-lhes exigirem o registo das transferências de direitos de topografias protegidas.

Quanto às licenças, dispõe, por outro lado, no art. 17.º, que o proprietário da topografia pode conceder a outrem licença para a explorar, total ou parcialmente, em certa zona ou em todo o território nacional, nos termos acordados pelas partes, mediante documento escrito autêntico ou autenticado. Sendo que, salvo estipulação em contrário, o licenciado não pode transmitir o seu direito de exploração sem consentimento expresso do proprietário da topografia.

Trata-se de normas destinadas a regular as relações contratuais pelas quais o titular de direitos aliena o seu exclusivo de exploração económica, no primeiro caso, ou permite que outrem nele participe mediante a concessão de licenças. Estes contratos serão de qualificar nos termos do Código Civil, nomeadamente como contratos de compra e venda ou de locação no caso de serem onerosos, atentos porém os requisitos de forma que a Lei das Topografias prescreve.

Para além das licenças voluntárias que a lei regula, a Directiva prevê as *licenças não voluntárias*. Estabelece que os direitos exclusivos não podem depender de licenças concedidas automaticamente e nos termos da lei, apenas devido ao facto de ter decorrido um determinado prazo (art. 6.º). Contudo,

¹ Desta ressalva são exceptuados, como vimos, os casos de a exploração de uma topografia ser feita em condições de confidencialidade exigidas por uma medida nos termos do art. 296.º, 1-b, do Tratado de Roma (antigo art. 223.º). Esta disposição prevê que qualquer Estado-membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, ressalvando embora que tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares. Será de considerar a este respeito a aplicação do regime das Patentes Secretas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 42 201, de 2 de Abril de 1959, bem como o Acordo para a Salvaguarda Mútua do Segredo das Invenções com Interesse para a Defesa cujas patentes tenham sido requeridas, celebrado no âmbito da NATO, de 21 de Setembro de 1960 (Decreto-Lei n.º 46 204).

² O Projecto de alteração do CPI vem referir o esgotamento ao Espaço Económico Europeu, no sentido de abranger não apenas os Estados-membros da Comunidade Europeia, mas também os seus associados no EEE.

deixa aos Estados-membros a liberdade de fixarem se e em que condições podem ser concedidas licenças não voluntárias relativas a topografias protegidas. Esta liberdade, porém, foi limitada pelo Acordo ADPIC, que condiciona a instituição de licenças não voluntárias aos termos previstos no art. 31.º, als. a) a k), desse Acordo (art. 37.º, 2). Assim, por exemplo, essa utilização sem consentimento do titular deverá ser limitada quanto ao âmbito e duração à finalidade para a qual é autorizada (c), ser não exclusiva (d), remunerar adequadamente o titular em vista do valor económico da utilização (h), etc.¹

3.7. Duração ou Prazo de Protecção

O prazo de protecção ou duração do direito exclusivo é definido pela Directiva². O regime de aquisição e caducidade dos direitos exclusivos varia consoante haja ou não exigência de registo (art. 7.º).

Por um lado, havendo exigência de registo, os direitos exclusivos adquirem-se na primeira das seguintes datas: ou na data em que a topografia foi pela primeira vez explorada em qualquer parte do mundo (1) ou na data em que o pedido de registo foi apresentado em devida forma (2). Além disso, sendo o registo condição de aquisição ou da manutenção dos direitos exclusivos, estes caducam após um período de dez anos a contar da primeira das seguintes datas: ou do último dia do ano civil durante o qual a topografia foi pela primeira vez explorada comercialmente em qualquer parte do mundo (1), ou do último dia do ano civil durante o qual o pedido de registo foi apresentado em devida forma (2). De todo o modo, sendo o registo condição de aquisição ou da manutenção dos direitos exclusivos, só podem ser adquiridos novos direitos exclusivos se tiver sido apresentado em devida forma um pedido de registo dentro do prazo de quinze anos.

Por outro lado, não havendo exigência de registo, os direitos adquirem-se na primeira das seguintes datas: ou quando a topografia for pela primeira vez explorada em qualquer parte do mundo (1) ou quando a topografia for pela primeira vez estabelecida ou codificada (2)³. Nestes casos, os direitos exclusivos caducam invariavelmente dez anos após o último dia do ano civil em que a topografia for pela primeira vez explorada comercialmente em qualquer parte do mundo. Além disso, os direitos exclusivos caducam se a topografia não tiver sido explorada comercialmente em qualquer parte do mundo nos quinze anos seguintes ao primeiro estabelecimento ou codificação.

A Lei portuguesa optou pela via do depósito, estabelecendo um regime de duração de protecção “mitigado” (art. 11). Dispõe que o depósito de topografias produz efeitos pelo prazo de dez anos. Este prazo conta-se a partir da data em que o respectivo pedido foi formalmente apresentado, ou da data em que a topografia foi pela primeira vez explorada em qualquer lugar, se esta for anterior. Nesse sentido, o direito conferido pelo depósito caduca: 1. decorridos dez anos a contar do último dia do ano civil em que o pedido de depósito foi formalmente apresentado ou do último dia do ano civil em que a topografia foi pela primeira vez explorada comercialmente, em qualquer lugar, se este

¹ O Projecto de Alteração do CPI prevê expressamente que as licenças não voluntárias deverão prosseguir uma finalidade pública não comercial (art. 105.º, 5, por remissão do art. 169.º).

² Ver, em termos próximos, o Art. 38.º do Acordo ADPIC.

³ Em ordem à protecção de terceiros, a Directiva dispõe que, à excepção deste último caso, deverão ser assegurados, para o período anterior à aquisição dos direitos, os meios de recurso a favor de uma pessoa que beneficie do direito à protecção nos termos da directiva e possa provar que outra pessoa fraudulentamente reproduziu, explorou comercialmente ou importou, com esse fim, uma topografia, sem prejuízo dos meios de recurso disponíveis para reforçar os direitos exclusivos concedidos.

for anterior; 2. se a topografia não tiver sido explorada comercialmente nos quinze anos posteriores à data em que ela tenha sido fixada ou codificada pela primeira vez. A estes dois grupos de casos acrescenta a lei portuguesa duas outras situações de caducidade não contempladas na Directiva: uma é a renúncia expressa do proprietário, constante de documento autenticado, salvo prejuízo de terceiros, o qual é ressalvado nos termos prescritos para a renúncia à patente no Código da propriedade industrial (1); outra é a falta de pagamento de taxas (2).

A lei portuguesa prevê, ainda, uma outra situação não contemplada na Directiva. Dispõe que o depósito não pode efectuar-se decorridos dois anos a contar da primeira exploração comercial da topografia comercial, ferindo de nulidade tal depósito (art. 3, 2 e 3). O Tratado de Washington permite esta situação (art. 7.º, 2-b).

3.8. Beneficiários

8.1. A Directiva define regras quanto aos beneficiários ou sujeitos de protecção (art. 3.º, 1 e 2). Em princípio, a protecção é atribuída às pessoas que sejam criadoras de topografias de produtos semicondutores. Trata-se do princípio da autoria na propriedade intelectual, nos termos do qual o direito pertence *ab origine* ao criador intelectual da obra de engenho.

Contudo, a Directiva permite aos Estados-membros a consagração de desvios a este princípio. Por um lado, poderão estabelecer que o beneficiário da protecção seja a entidade patronal do criador quando a topografia for criada num período em que o criador esteja a trabalhar por conta de outrem. Por outro lado, para os casos em que a topografia tenha sido criada ao abrigo de uma relação contratual de natureza não laboral, os Estados-membros poderão determinar que o beneficiário da protecção seja a parte contratante que tenha encomendado a topografia. Porém, quer se trate de contrato de trabalho quer de encomenda, estes dois desvios ao princípio da atribuição da protecção ao criador da topografia deverão respeitar a possibilidade de estipulação contratual ressalvando a protecção em favor do criador.

A Lei Portuguesa consagra o princípio de que o direito exclusivo pertence ao criador da topografia (art. 3.º, 1). Prevê também a hipótese de a topografia ser criada por dois ou mais autores, sendo os direitos resultantes do depósito regulados pelas disposições da lei civil relativas à propriedade comum, salvo acordo em contrário (art. 5.º).

Depois, servindo-se da possibilidade deixada aos Estados-membros pela Directiva, a Lei Portuguesa manda aplicar às topografias criadas por trabalhadores por conta de entidades públicas ou privadas o disposto no art. 9.º §§ 1, 2, 3, do antigo CPI, salvo acordo em contrário. Contudo, esta remissão deverá actualizada, no sentido de serem aplicáveis os arts. 54.º e 55.º do novo CPI.¹

¹ Operamos esta actualização remissiva segundo um princípio de aproveitamento das leis orientado por uma jurisprudência do razoável. Esta operação é, todavia, problemática. A Lei das Topografias remete para o antigo Código da Propriedade Industrial. Porém, este foi revogado e o novo Código não ressalva nem prevê a disciplina das topografias. Desse modo, dever-se-ia proceder a uma interpretação ab-rogatória daquele preceito legal em virtude de remeter para normas legais inexistentes. Depois, dado que a Lei das Topografias não prevê critérios para o problema da titularidade dos direitos no caso de topografias criadas por trabalhadores por conta de outrem, o resultado seria a existência de uma lacuna de regulamentação legal em sentido estrito. Lacuna essa que se integraria mediante disposições legais no âmbito do instituto da propriedade intelectual susceptíveis de mobilização para a resolução do problema, isto é, segundo normas aplicáveis aos casos análogos, havendo analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei, nos termos do art. 10.º, 1 e 2, do Código Civil. Ora, o critério da analogia levar-nos-ia a procurar caso análogo noutros regime da propriedade intelectual. Sendo que a natureza das topografias de produtos semicondutores apresenta semelhanças mais relevantes com os programas de computador e os objectos dos

Assim, nos termos do art. 54.º, tendo a topografia sido criada durante a execução de contrato de trabalho em que a actividade inventiva seja prevista e esteja especialmente remunerada, o direito à topografia pertence à empresa (1), considerando-se feitas nesse âmbito as topografias cujo depósito tenha sido pedido durante o ano seguinte à data em que o inventor deixar a empresa (9). Porém, se a remuneração especial da actividade inventiva não estiver prevista, o inventor tem o direito de ser remunerado em harmonia com a importância da topografia (2). Mas, se assim não suceder e a topografia se integrar na actividade da empresa, esta terá direito a assumir a propriedade da topografia ou a reservar-se o direito a exploração exclusiva ou não exclusiva da topografia, à aquisição da topografia, enquanto o inventor terá direito a remuneração equitativa deduzida a importância correspondente a qualquer auxílio prestado pela empresa para realizar a invenção (3). Depois, o direito de aquisição ou de reserva de exploração, que antes se dizia de preferência, poderá ser exercido pela empresa no prazo de três meses a contar do recebimento da notificação do inventor (6), o qual deverá informar a empresa das invenções que tiver realizado no prazo máximo de três meses a partir da data em que a invenção é considerada realizada (4)¹. Por outro lado, a aquisição do

direitos de patente e modelos do que com as obras literárias e artísticas reguladas no Código do Direito de Autor (ao que não será estranho o facto de no catálogo de exemplos de obras susceptíveis de protecção pelo direito de autor não constarem as topografias, contrariamente ao previsto na Convenção de Berna). Assim, poderíamos encontrar caso análogo quer na Lei de protecção dos programas de computador (art. 3.º, 3, Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro) quer no actual Código da Propriedade Industrial (arts. 54.º e 55.º). Em ambas as situações, o critério traduz-se em atribuir a titularidade do direito exclusivo à empresa empregadora. Na escolha da norma aplicável por analogia seria razoável optar pelas disposições do actual Código da Propriedade Intelectual, tanto mais que essa era a solução anterior.

Porém, nesta via levanta-se um problema delicado e complexo. Embora as soluções dos casos análogos apontem ambas no mesmo sentido, a verdade é que esse sentido é contrário ao princípio da autoria na propriedade intelectual, no sentido da atribuição do direito ao criador. Em virtude disso, poder-se-ia argumentar que tais normas seriam excepcionais, não admitindo portanto aplicação analógica (art. 11.º do Código Civil). Assim sendo, a integração da lacuna descoberta por via da ab-rogação interpretativa do preceito da Lei das Topografias não poderia efectuar-se excepcionando a regra da atribuição da titularidade de direitos aos criadores. No fundo, ab-rogar-se-ia o preceito da Lei das Topografias, por contradição lógica, e sujeitar-se-ia o caso à regra geral, em virtude da inexistência de disposições legais em contrário e da inaplicabilidade analógica de normas destinadas a regular casos análogos.

Assim sendo, o resultado que propomos — a actualização remissiva para as disposições do actual CPI — não seria admissível, violando as exigências de certeza e segurança jurídicas. Tendo o legislador descontinuado a aplicação de regras do direito das patentes em matéria de titularidade de direitos às topografias de produtos semicondutores, ao intérprete não restaria aplicar senão o regime geral, estando-lhe vedado o recurso à analogia com outras normas.

Receamos, porém, que esta seja uma via interpretativa puramente formalista. O princípio da autoria não é um axioma lógico. Trata-se antes de uma exigência de sentido que informa valorativamente os direitos de propriedade intelectual. As regras que atribuem direitos de propriedade intelectual a outrem que não o criador de engenhos de espírito não são excepções uma vez que essa atribuição não opera em termos de aquisição originária mas antes por via de *cessio legis*. São desvios ao princípio, justificados por outros princípios que também informam os direitos de propriedade intelectual, em especial o princípio da protecção do investimento. Mas não são excepções em sentido próprio, uma vez que o direito pertence originariamente ao criador intelectual, embora seja derivadamente, *ex vi legis*, cedido à empresa; cessão, que aliás, pode ser operada de igual modo por via contratual. Pelo que, a nosso ver, dentro dos cânones metódicos do Código Civil, a aplicabilidade analógica de tais normas não seria de afastar por não terem natureza excepcional.

Por outro lado, é discutível que se trate verdadeiramente de uma lacuna. Segundo a jurisprudência do razoável, a correcção dos lapsos do legislador tem um sentido não apenas negativo mas também positivo, no sentido do aproveitamento das leis sempre que não sejam feridas por contradições valorativas, e não puramente lógicas, insanáveis. Neste caso, apesar de no plano linguístico-formal parecer apontar-se no sentido da ablação do preceito da Lei das Topografias, por remeter para normas legais já revogadas, a verdade é que no plano da ponderação valorativa material parece ser dever do intérprete cuidar da razoabilidade do legislador, corrigindo o seu lapso mediante a actualização remissiva que propomos.

¹ Acrescenta o n.º 5 que o não cumprimento da obrigação de comunicação acarreta a perda dos direitos que se lhe reconhecem a esse título. Esta “pena legal” destina-se a coagir o inventor ao cumprimento da obrigação, de modo a que a empresa exerça o seu direito de aquisição ou de reserva de exploração. A nosso ver, porém, esta norma deve ser interpretada no sentido de se referir apenas aos direitos de remuneração, não abrangendo o direito pessoal de ser considerado inventor.

direito da empresa fica sem efeito se a remuneração não for integralmente paga no prazo estabelecido (7), e os direitos do trabalhador não podem ser objecto de renúncia antecipada (11). Em caso de não acordo entre a empresa e o inventor quanto à remuneração deste, a questão é resolvida por Tribunal Arbitral (8). Para terminar, o art. 55.º dispõe que o criador da topografia tem direito de ser mencionado como tal no pedido de depósito e no respectivo título, se não for pedido em seu nome, apenas não podendo ser mencionado como tal nas publicações a que o pedido der lugar se assim o solicitar, por declaração expressa por ele assinada, junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.¹

3.9. Protecção Internacional

A Directiva regula o problema da “protecção internacional”, estabelecendo regras de conexão (art. 3.º, 3 a 6). Dispõe que para beneficiarem da protecção, as pessoas criadoras da topografia deverão ser pessoas singulares nacionais de um Estado-membro ou ter a sua residência habitual no território de um Estado-membro.

Nos casos em que a protecção é atribuída a outrem que não os criadores intelectuais, nos termos da possibilidade deixada aos Estados-membros, estabelece que os beneficiários de protecção deverão ser nacionais de um Estado-membro ou ter a sua residência habitual no território de um Estado-membro, tratando-se de pessoas singulares (1), ou possuir efectiva e realmente um estabelecimento industrial ou comercial no território de um Estado-membro, tratando-se de sociedades ou outras pessoas colectivas (2). Neste grupo de casos incluem-se, ainda, como beneficiários de protecção, as pessoas singulares ou colectivas que explorem comercialmente pela primeira vez num Estado-membro uma topografia que ainda não tenha sido explorada comercialmente² em qualquer outra parte do mundo e que tenham obtido da pessoa habilitada a fazê-lo uma autorização de exploração comercial exclusiva da topografia em toda a Comunidade³.

Além disso, a Directiva permite aos Estados-membros iniciarem negociações com países terceiros (art. 3, 7 e 8) em ordem a estender o direito à protecção a pessoas que, ao abrigo da directiva, dele não beneficiam. Para o efeito prescreve um procedimento de notificação. Regula ainda a possibilidade de, sob proposta da Comissão, a protecção ser alargada a terceiros. O que sucedeu em várias decisões do Conselho, tendo a protecção sido alargada, nomeadamente, às pessoas dos Estados Unidos da América, do Canadá, de membros da Organização Mundial do Comércio, e da ilha de Man.⁴

¹No Projecto de Alteração ao CPI esta matéria é revista. Em especial é de referir a qualificação do antigo direito de preferência como direito de opção, e a aplicação destas regras igualmente às invenções (e topografias) feitas por encomenda (arts. 55 a 57, aplicáveis às topografias por força do art. 156.º).

²Veja-se a definição de exploração comercial constante do art. 1.º, 1-c (venda, aluguer, locação financeira ou qualquer outro método de distribuição comercial ou qualquer oferta para esse fim, exceptuada a exploração em condições de confidencialidade, na medida em que não se verifique uma distribuição a terceiros, como as que resultam do art. 296.º, 1-b, do Tratado de Roma, o qual prevê a possibilidade de qualquer Estado-membro tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, se não alterarem as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares).

³Tal como nas outras situações, o direito à protecção aplica-se não apenas às próprias pessoas beneficiárias, mas também aos seus sucessores ou representantes legais (art. 3.º, 5).

⁴*Vide*: Decisão n.º 93/16/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1996, relativa à extensão da DTSP a pessoas dos Estados Unidos da América e de certos territórios (JO L 011, 19.01.1993); Decisão n.º 94/700/CE, do Conselho, de 24 de Outubro de 1994, relativa à extensão da DTSP a pessoas oriundas do Canadá (JO L 284, 1.11.1994); Decisão n.º 94/824/CE, do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à extensão da DTSP a pessoas de um membro da

A Lei Portuguesa, no seu art. 1.º, considera-se aplicável a todos os portugueses e aos nacionais dos Estados membros das Comunidades Europeias, sem dependência de condição de domicílio ou estabelecimento. Além disso, equipara aos nacionais da União os de quaisquer outras nações que tiverem domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial efectivo e não fictício no território de um daqueles países, e nas mesmas condições, aos nacionais e pessoas colectivas dos países e territórios referidos em anexo até 7 de Novembro de 1989 (por ex., Hong Kong e os EUA).

Relativamente a outros estrangeiros será de observar o disposto entre Portugal e os respectivos países, e na sua falta, o regime da reciprocidade. Ora, em virtude do Tratado de Washington (art. 5.º), aplicável por remissão do Acordo ADPIC, a Lei Portuguesa deverá conceder aos Membros da OMC o mesmo tratamento que concede aos nacionais portugueses. É o princípio do tratamento nacional, que anula relativamente aos demais Membros a exigência de reciprocidade. Sendo que, por decisão do Conselho, tinha já sido extendida a Directiva Topografias de Produtos Semicondutores a pessoas de um membro da OMC.

3.10. Exibição de identificação: T

A Directiva regula a exibição de indicação de produtos semicondutores fabricados através das topografias protegidas (art. 9.º). Quando a legislação dos Estados-membros permita tal exibição de identificação, a indicação a ser utilizada será um T maiúsculo com uma das seguintes apresentações: T, <<T>>, [T], T, T* ou T.

A lei portuguesa possibilitou ao titular do direito a utilização de indicação com tais apresentações durante a vigência do depósito.

3.11. Manutenção de outras disposições legais

A Directiva contém um capítulo relativo à manutenção de outras disposições legais (art. 10.º)

Por um lado, ressalva a aplicabilidade, ora das disposições legais relativas aos direitos de patente e de modelos de utilidade, ora da legislação dos Estados-membros relativa aos direitos de autor que limita a reprodução de desenhos ou das representações artísticas das topografias através de cópia em duas dimensões.¹

Só estas formas de protecção poderiam cumular-se com a protecção prevista na Directiva após 7 de Novembro de 1987, uma vez que a Directiva dispõe que não afecta a protecção garantida pela legislação nacional às topografias ou aos produtos semicondutores, estabelecidos ou codificados antes da entrada em vigor das disposições nacionais que executem a directiva, mas não após 7 de Novembro de 1987.

A Lei Portuguesa não ressalva a aplicabilidade em bloco das disposições legais relativas aos direitos de patente e de modelos de utilidade. Manda aplicar às topografias de produtos semicondutores vários artigos do antigo CPI². A remissão para estas normas do antigo CPI deverá

Organização Mundial do Comércio (JO L 349, 31.12.1994); Decisão n.º 96/644/CE, do Conselho, de 11 de Novembro de 1996, relativa à extensão da DTPS a pessoas da ilha de Man (JO L 293, 16.11.1996).

¹ Em termos mais amplos, o Tratado de Washington não prejudica as obrigações das Partes Contratantes que resultem das Convenções de Paris e de Berna (art. 12.º).

² Nomeadamente, arts. 55.º (unicidade do depósito), 59.º a 63.º (publicação do pedido, reclamações, processo subsequente, recusa do depósito, modificações nos modelos e desenhos), 172.º (prioridade de apresentação de pedido de depósito), 175.º a 188.º (regularização de irregularidades, reconhecimento notarial de assinaturas, publicação das

actualizar-se em função do novo CPI. Trata-se de matérias atinentes, especialmente, a desenhos industriais (arts. 149.º a 164.º), tramitação administrativa (arts. 10.º a 29.º), infracções contra a propriedade intelectual (arts. 257.º a 277.º).

Mas, significa isto que apenas serão aplicáveis as disposições do CPI para as quais a Lei expressamente remete? Significa isso que, por interpretação a contrario, é afastada a aplicação dos regimes de patente e de modelo, salvo as normas para as quais a Lei expressamente remete?

O problema coloca-se também relativamente aos direitos de autor. Serão as topografias também protegidas pelos direitos de autor? A Directiva ressalva a aplicabilidade da legislação dos Estados-membros relativa aos direitos de autor que limita a reprodução de desenhos ou das representações artísticas das topografias através de cópia em duas dimensões. Em conformidade só nestes termos seriam de aplicar normas de direitos de autor. Porém, mesmo em tais termos, a sua aplicabilidade é discutida. No elenco de obras protegidas não constam as topografias, ao contrário do que passa na Convenção de Berna. Para uns tal não excluiria *tout court* a protecção pelos direitos de autor, tendo em conta a natureza exemplificativa do elenco. Outros, porém, enjeitam esse cúmulo de protecções.

Ora, em nossa opinião, a interpretação que melhor se coaduna com a Directiva é a seguinte. Por um lado, relativamente aos direitos de patente e de modelos de utilidade serão apenas aplicáveis as normas para as quais a Lei portuguesa das topografias remete¹; a Directiva permite a aplicação em bloco destes regimes, mas a tal não obriga; de resto, existindo um regime especial muito próximo do direito industrial, compreende-se que o Código da Propriedade Industrial tenha apenas um valor de direito subsidiário por remissão. Por outro lado, relativamente aos direitos de autor, parece-nos que não será de afastar a hipótese de existirem desenhos ou representações artísticas nas topografias, pelo que estes direitos deverão intervir em tal caso, nos termos da Directiva, isto é, proibindo a sua reprodução através de cópia em duas dimensões.

Para terminar, a Directiva ressalva ainda os direitos conferidos pelos Estados-membros em cumprimento de obrigações decorrentes de acordos internacionais, incluindo as disposições que tornam extensivos esses direitos a nacionais do Estado-membro em causa ou a pessoas residentes no território desse Estado. Em termos próximos, o Tratado de Washington (art. 16.º, 3), por seu turno, ressalva a possibilidade de as Partes Contratantes não aplicarem este Tratado a qualquer topografia que exista à data da sua entrada em vigor, na medida em que tal não afecte qualquer protecção que uma tal topografia possa, nessa altura, gozar no território dessa Parte Contratante em virtude de outras obrigações internacionais que não as resultantes deste Tratado ou da legislação da referida Parte Contratante.

4. Conclusão

reclamações, prazo de constestação, prazo de réplica e tréplica, cópia dos articulados, formalidades subsequentes, vistorias, vistorias officiosas, junção de documentos, articulados e documentos fora do prazo que devem ser recusados, revogação officiosa da decisão, fundamentos da recusa, revalidação e indeferimento), 190.º a 194.º (prova dos direitos de propriedade industrial, entrega dos títulos de concessão, conteúdo dos títulos, formalidades da caducidade por renúncia do titular, procuração no requerimento de renúncia), 197.º a 199.º (certificados, finalidade dos certificados, documentos juntos a outros processos), 202.º a 216.º (prorrogação dos prazos, tribunal de recurso competente, legitimidade para recorrer, delitos contra a propriedade intelectual). Ver ainda arts. 222.º, 224.º, 226.º a 229.º, 256.º a 260.º, 262.º e 263.º.

¹ Remissão essa que, em virtude da alteração do quadro legal, deverá ser actualizada segundo o critério de razoabilidade que sustentamos, sob pena de também neste domínio concluirmos pela interpretação ab-rogante dos preceitos da lei que remetem para as normas do antigo Código da Propriedade Intelectual, tendo que, depois, por via analógica, integrar as lacunas de regulamentação assim suscitadas.

O problema da protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores foi um dos primeiros desafios que o “paradigma electrónico” das novas tecnologias da informação e da comunicação lançou ao quadro jurídico tradicional dos direitos de propriedade intelectual e da concorrência desleal. “Podiam ser livres, no sentido de cada pessoa as pudesse livremente utilizar”¹. Porém, a importância económica e social destas criações tecnológicas exigiu que se clarificasse que não se tratava de bens livres, exigindo uma regulamentação legal que atribuísse direitos de protecção ao esforço intelectual dos criadores e ao investimento das empresas, mas que ao mesmo tempo assegurasse a continuidade de fornecimento mediante licenças não voluntárias (*fonte alternativa*) e permitisse a produção e comercialização de produtos funcionalmente compatíveis e substitutos (*normalização*). Tratou-se, em suma, de um problema de direitos de propriedade intelectual, garantindo, por um lado, a recompensa do esforço criador e do investimento mediante direitos de protecção exclusiva, mas prevendo, por outro lado, restrições de interesse público e de promoção da concorrência por via da delimitação negativa dos direitos de propriedade intelectual, em especial no que respeita ao objecto e ao conteúdo dos direitos.

A especificidade das topografias de produtos semicondutores prejudicou a sua assimilação aos regimes tradicionais da propriedade intelectual, apesar de estarem previstas no catálogo exemplificativo de obras literárias e artísticas da Convenção de Berna e de poderem ser consideradas, também, modelos e desenhos industriais. A via adoptada foi a instituição de uma nova forma de propriedade intelectual, um misto de direitos de autor e propriedade industrial ou uma espécie de protecção *sui generis* em vista da natureza *sui generis* ou híbrida das topografias. Neste sentido apontou a pioneira US Semiconductor Chip Protection Act (1984), no que foi seguida, *inter alia*, pela Directiva comunitária sobre as topografias de produtos semicondutores (1987), e, a nível internacional, pelo Tratado de Washington (1989) e, mais recentemente, pelo Acordo ADPIC (1994).

Entre nós, a Lei n.º 16/89 de 30 de Junho transpõe a Directiva comunitária, parecendo qualificar este direito como uma forma de propriedade, como resulta da referência, no art. 17.º, ao “proprietário da topografia”. Não enjeitamos a qualificação proposta pelo legislador: trata-se de uma forma especial no “arquipélago” da propriedade intelectual², figura esta que se autonomiza e distingue da propriedade corpórea prevista e regulada no Código Civil. Depois, a nossa lei suscita alguns problemas interpretativos, especialmente pela remissão que faz para o antigo Código da Propriedade Intelectual. Em nosso entender, essas remissões deverão ser actualizadas para o “novo” Código da Propriedade Industrial (1995). Por outro lado, encontra-se em discussão entre nós o Projecto de alterações ao Código, que, a ser aprovado, permitirá “arrumar” o regime legal, para além de actualizar a formulação literal das regras em função do Acordo ADPIC.

Assim, fizemos uma análise comparativa da Directiva comunitária e da Lei Portuguesa (com a referida actualização remissiva), tendo em conta também o Direito Internacional e o Projecto de alterações ao Código. Vimos que a Directiva realiza uma harmonização intermédia de princípios básicos e estudámos diversos tópicos de regime, como sejam o objecto e os requisitos de protecção, a delimitação (positiva e negativa) do conteúdo dos direitos exclusivos, incluindo o prazo de

¹ José de Oliveira Ascensão, *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 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996, p. 337.

² Vide Michel Vivant, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris: Dalloz, 1995, p. 415 ss.

protecção, os beneficiários e a protecção internacional, bem como a interpretação da cláusula de manutenção de outras disposições legais.

A INTRODUÇÃO DA TELEVISÃO DIGITAL HERTZIANA TERRESTRE EM PORTUGAL (TDT)*

I. A recomendação do modelo 2 de implementação da televisão digital hertziana terrestre em Portugal

1. O Instituto Português das Comunicações (ICP) submeteu à nossa apreciação a sustentabilidade jurídica do modelo de implementação da televisão digital hertziana terrestre (TDT) em Portugal, cuja adopção é recomendada ao Governo no respectivo Memorando¹.

Na perspectiva do ICP, dentro dos 3 modelos de implementação da TDT caracterizados naquele documento, o modelo a adoptar seria o modelo 2, traduzido na existência de um operador único integrado (1) e concurso conjunto para as áreas de responsabilidade cobertas pelo Ministério do Equipamento Social (MES) e pela Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) (2).

Considerando que da selecção do modelo de negócio e licenciamento dependerá o êxito da operação da implementação da TDT em Portugal, o ICP conclui que o modelo 2 é o mais capaz de garantir a viabilidade económica da nova plataforma e a prossecução de objectivos de interesse público, tendo em conta, nomeadamente:

1. os resultados das experiências comparadas de outros países, como a Inglaterra e a Suécia, e em vias de adopção, como a França e a Espanha;
2. os elevados investimentos exigidos;
3. as mutações tecnológicas;
4. a situação concorrencial do mercado;
5. a disponibilidade actual de espectro radioelétrico e as características da tecnologia DVB-T;
6. a análise comparativa dos diferentes modelos.

Em suma, como se pode ler no Memorando: “Para que a introdução da TDT seja uma operação de sucesso é fundamental posicioná-la num contexto concorrencial com as plataformas de TV por cabo, em particular com a plataforma dominante da PT Multimedia. Tal posicionamento será melhor viabilizado pela agregação da capacidade das 4 coberturas num único operador de plataforma TDT, com uma oferta coerente de serviços, incluindo uma forte componente de *pay-TV*, dispondo da massa crítica suficiente para poder suportar os elevados custos de investimento, nos primeiros dois anos da operação. A existência de uma única plataforma TDT permite ainda resolver a problemática da interoperabilidade das STB [*Set-Top-Boxes*], que se colocaria no cenário de várias plataformas, designadamente no que se refere aos serviços encriptados e serviços interactivos.”²

2. Todavia, o quadro legal português é apontado como um risco potencial de improcedência deste resultado, em razão da sua estrutura dualista ou bidimensional. Com efeito, por um lado, o licenciamento da plataforma TDT dependeria do Ministério do Equipamento Social, a quem competiria a atribuição de frequências rádio-elétricas, gestão da rede e licenciamento da actividade de telecomunicações, segundo o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de

* Estudo elaborado para o ICP - Instituto das Comunicações de Portugal em 2000.

¹ ICP, *Introdução da Televisão Digital Hertziana Terrestre*, Memorando (doravante Memorando).

² Memorando, pág. 4.

telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público. Todavia, por outro lado, o licenciamento da plataforma TDT dependeria também da Alta Autoridade para a Comunicação Social, pois que lhe competiria o licenciamento para a distribuição televisiva de novos canais nos termos da Lei da Televisão.

Ora, para evitar o risco legal de que o operador licenciado da DVB-T não seja também o adjudicatário do *bouquet* de novos programas de televisão e, desse modo, eliminar o risco económico exponencial que tal resultado introduziria no investimento da infra-estrutura, recomenda-se o modelo 2 de implementação da TDT, que consistiria em uma plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto. Neste modelo, à semelhança do modelo 1, existiria uma única plataforma DVB-T. Porém, a atribuição da licença de operador de redes de telecomunicações seria concedida em simultâneo com as licenças para o *bouquet* de novos programas de televisão mediante concurso público conjunto, assegurando, por essa via, que o adjudicatário da licença de operador de redes de telecomunicações e o adjudicatário das licenças para o *bouquet* de novos programas fossem a mesma entidade.¹ Este resultado não significaria subtrair o processo à competência de nenhum dos órgãos legalmente competentes, mas antes fazer convergir coordenadamente as diferentes competências num concurso público conjunto, o qual geraria uma plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto.

3. Para o efeito, o enquadramento regulamentar deste modelo seguiria fundamentalmente dois passos². Primeiro, uma Resolução do Conselho de Ministros, que determinaria a coordenação das duas competências correspondentes aos dois regimes de licenciamento e regimes jurídicos aplicáveis. Segundo, um Regulamento do Concurso Público para o Licenciamento da Plataforma Digital Terrestre, aprovado por instrumento regulamentar conjunto dos ministros responsáveis pelas áreas das comunicações e da comunicação social, com o seguinte âmbito: atribuição das frequências, licenciamento como operador de rede pública de telecomunicações e licenciamento de canais de televisão.

Para coordenar as duas competências num concurso conjunto, considera-se necessário um processo de tomada de decisão que observe uma metodologia adequada. Essa metodologia do processo de decisão é proposta como forma de articular num concurso conjunto competências diversas segundo aspectos legais que as entrecruzam. Assim é no que respeita ao estabelecimento, gestão e exploração de redes de transporte e difusão do sinal televisivo, que, segundo a Lei da Televisão (art. 12.º, 2), obedece ao Regime de Acesso à Actividade dos Operadores de Redes Públicas de Telecomunicações e dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público (DL 381-A/97, 30-12). O mesmo vale para a atribuição de licenças para a actividade de televisão que é condicionada pela qualidade técnica e viabilidade económica do projecto (Lei da Televisão, art. 15.º, 1; DL 237/98, 5-8, art. 7.º, 1), sendo que a qualidade técnica do projecto é avaliada por parecer do ICP.

Ora, a metodologia proposta para o processo de decisão, como forma de articular num concurso conjunto as duas competências, consistiria nos seguintes passos:

1.º após verificação preliminar dos requisitos pelo ICS e pelo ICP, as candidaturas seriam remetidas ao MES, o qual, na matéria do concurso da sua competência (licenciamento de operador de rede pública de telecomunicações), classificaria os candidatos quanto à sua qualidade técnica, embora não atribuindo nesta fase a licença (que ficaria condicionada pela decisão da AACCS);

¹ Cfr. Memorando, págs. 5 e 42.

² Cfr. Memorando, pág. 31 e seg.

2.º após análise do MES, as candidaturas seriam remetidas à AACS, a qual, na matéria da sua competência (licenciamento de canais de televisão), decidiria de entre os candidatos classificados pelo MES, sendo que a não verificação da qualidade técnica de uma proposta constituiria um critério de exclusão para decisão da AACS;

3.º Finalmente, o MES licenciaria a entidade escolhida pela AACS.

4. Em suma, baseado nesta metodologia do processo de decisão, o modelo 2 permitiria que o operador da plataforma digital terrestre licenciado pelas duas vias (MES e AACS) fosse a mesma entidade, a qual teria habilitação para: 1.º gerir a capacidade de transmissão; 2.º explorar um pacote de 6 novos canais televisivos; 3.º explorar a capacidade de transmissão como suporte de obrigações de *must carry* dos actuais canais televisivos hertzianos analógicos no caso de os respectivos operadores televisivos o quiserem (3.1.) e para prestação de serviços interactivos (ou da sociedade da informação), com difusão de produtos audiovisuais e multimedia (Internet, comércio electrónico, áudio-vídeo à distância, acesso a fontes de informação) ou disponibilizando a terceiros capacidade para o efeito (3.2.).¹

II. Análise sumária dos regimes legais convocados

1. A questão que nos é colocada é saber se o modelo 2 de plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto, segundo a metodologia proposta de processo de tomada de decisão, será admissível em face do ordenamento jurídico português.

Antes de nos pronunciarmos sobre a questão importa, todavia, clarificar previamente, por análise dos regimes legais hipoteticamente aplicáveis, em que termos operam as duas competências referidas. Nesse sentido, começaremos por analisar o regime da actividade de televisão e,

¹ Cfr., desenvolvidamente, Memorando, pág. 34-5. O Memorando equaciona ainda a necessidade de a actividade de exploração da plataforma digital terrestre, em virtude da sua novidade e das suas vertentes, ter o seu recorte jurídico consagrado em sede de um Regulamento de Exploração, o qual deveria, de igual modo, ter uma habilitação conjunta. Por via deste regulamento poder-se-ia proceder à transposição das directivas comunitárias sobre a matéria dos serviços de acesso condicional e dos descodificadores (95/47/CE, em parte, e 98/84/CE). Depois, para além do leque de matérias tratadas nos regulamentos de exploração, seriam de especial relevo as questões ligadas às regras de acesso aberto (devendo o Regulamento determinar quais as obrigações de oferta de acesso, a existirem, e quem tem direito de acesso à plataforma e em que condições) e da difusão de produtos audiovisuais e multimédia (promovendo a plataforma digital terrestre como meio de difusão destas obras, criando um novo meio de difusão para os produtores de conteúdos, como os produtores independentes e os operadores de televisão, e regulamentando a sua difusão segundo critérios de interesse geral). Cfr., desenvolvidamente, Memorando, págs. 36-7. Todavia, sendo a questão da adopção de um Regulamento de Exploração específico considerada como devendo ser suscitada em qualquer dos modelos equacionados, sobre ele não nos pronunciaremos, senão para realçar a sua necessidade em face do novo paradigma dos serviços interactivos da sociedade da informação, em especial com o advento da Televisão Digital Interactiva. Aliás, as novas exigências do multimedia têm sido contempladas em diversos actos normativos. Veja-se, *inter alia*, o Decreto-Lei n.º 82/2000 de 11 de Maio, que cria a Portugal Global SGPS, que se destina a intervir, nomeadamente, “na área do multimedia, da comunicação on-line e da produção de conteúdos” (art. 1.º, 2); a Portaria n.º 279/2000 de 22 de Maio, que aprova o Regulamento de Apoio Financeiro ao Desenvolvimento de Projectos Multimedia e Produção de Obras Multimedia; e, mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados (a chamada “Directiva Multimedia”). Além disso, no domínio da Radiodifusão Sonora Digital Terrestre, foram adoptados: o Regulamento dos Concursos para a Atribuição de Licenças para o Estabelecimento e Fornecimento de Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre (T-DAB), aprovado pela Portaria n.º 470-B/98 de 31 de Julho (MES), e o Regulamento de Exploração das Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre, aprovado pela Portaria n.º 470-C/98 de 31 de Julho (MES).

seguidamente, o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público.

2. Em primeiro lugar, a introdução da televisão digital terrestre significa que será exercida uma nova actividade televisiva em Portugal. Interessa, por isso, saber se esta nova actividade está contemplada no quadro jurídico actual, começando por perguntar se a Lei da Televisão abrange o paradigma digital.

A Lei da Televisão¹, que regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício, delimita positivamente o seu objecto, definindo a televisão como a transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes e sons através de ondas electromagnéticas ou de qualquer outro veículo apropriado, propagando-se no espaço ou por cabo, e susceptível de recepção pelo público em geral. Por outro lado, delimita negativamente o seu objecto, excluindo da televisão, *inter alia*, os serviços de telecomunicações apenas disponibilizados mediante solicitação individual e a mera retransmissão de emissões alheias (art. 1.º).

Desta definição de televisão resulta que a televisão digital *stricto sensu* não é excluída do âmbito de aplicação da Lei da Televisão. Todavia, a televisão digital *em sentido amplo* (abrangendo, nomeadamente, os serviços interactivos), tornada possível pelo fenómeno tecnológico da convergência multimedia, não é abrangida pela definição de televisão², pois que desta se excluem os serviços de telecomunicações apenas disponibilizados mediante solicitação individual, isto é, os serviços interactivos³ prestados mediante solicitação individual. Donde decorre que a Lei da

¹ Lei n.º 31-A/98 de 14 de Julho.

² Em sentido concordante, veja-se o Memorando, pág. 37.

³ Agora chamados “serviços da sociedade da informação” por influência do direito europeu. Com efeito, a noção de “serviços da sociedade da informação” foi consagrada na Directiva Normas Técnicas (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) e na Directiva Serviços de Acesso Condicional (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). A Directiva Normas Técnicas foi transposta para o direito interno pelo Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril, nos termos do qual constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração. Já antes o regime dos operadores de rede de distribuição por cabo previa 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).

A noção dos serviços da sociedade da informação abrange uma grande variedade de actividades económicas, como, por exemplo, a venda em linha de mercadorias (1), serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha (2), os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico (3), e, ainda, actividades em linha via telefonia e telefax (4). Porém, esta definição não abrange 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 televendas (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).

Por outro lado, os serviços da sociedade da informação estão na base do comércio electrónico. A “Directiva sobre comércio electrónico” [Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”), JO L 178/1, 17.7.2000] remete para a definição destes serviços constante das Directivas Normas Técnicas e Serviços de Acesso Condicional — ao invés da Proposta de Directiva sobre o comércio

Televisão exclui da sua regulamentação o moderno universo da Sociedade da Informação, da Economia Digital e do Comércio Electrónico, que se baseia nos serviços interactivos à distância (ou serviços da sociedade da informação). Nesse sentido, regular a televisão digital hertziana com base na Lei da Televisão significa não atender às novas exigências da interactividade que constituem, verdadeiramente, a nosso ver, a nova dimensão da moderna televisão trazida pela convergência tecnológica. A importância da interactividade é de tal ordem que se denomina frequentemente a televisão digital como televisão interactiva¹.

Neste aspecto, a Lei da Televisão funda-se, ainda, na separação tradicional de três canais comunicativos distintos: o audiovisual, as telecomunicações e a informática. Todavia, a televisão digital, fruto da convergência multimedia e da revolução das tecnologias da informação e da comunicação, supera esta tríade comunicacional, integrando os três *media* tradicionais num só: o digital, suportado em comunicações electrónicas.

Não obstante, somos de entender que a Lei da Televisão contempla, em certos termos, o paradigma digital, podendo servir nessa medida para a regulação da televisão digital hertziana terrestre. Desde logo, a Lei da Televisão consagra já a categoria dos chamados serviços de acesso condicional, quando refere na tipologia dos canais os canais televisivos de acesso condicionado, que define como os que “transmitam sob forma codificada e estejam disponíveis apenas mediante contrapartida específica”; sendo que não se considera como contrapartida específica nem “a quantia devida pelo acesso à infra-estrutura de distribuição, nem a quantia devida pela sua utilização (art. 7.º, 5). Trata-se da televisão a pagar (vulgarmente conhecida por *Pay-TV*), na qual a contrapartida pelo acesso ao canal codificado acresce à quantia devida pelo acesso à rede de distribuição e pela sua utilização.

Por outro lado, resulta do art. 15.º, 4, que o paradigma emergente da plataforma digital terrestre é tido em conta pela Lei da Televisão, quando refere expressamente que na atribuição de licenças para emissões terrestres digitais de cobertura nacional será reservada capacidade de transmissão para os canais detidos pelos operadores licenciados à data da entrada em vigor do presente diploma.

Em vista disto, consideramos que a Lei da Televisão abrange na sua regulamentação a televisão digital terrestre. Todavia, como vimos atrás, deixa de fora funcionalidades fundamentais da plataforma digital, especialmente a interactividade, uma vez que não abrange a televisão interactiva com os serviços da sociedade da informação (navegação na Internet, correio electrónico, comércio electrónico, etc.).

electrónico [veja-se o art. 2.º da versão alterada, COM(99) 427 final; sobre a versão inicial, COM(1998) 568 final, poderá ver-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1999, com mais referências], que consagrava no seu texto uma noção minuciosa destes serviços em que se baseia o comércio electrónico.

Entre numerosa documentação sobre a problemática do comércio electrónico veja-se, nomeadamente: *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; William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; *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; *Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 (with additional article 5 bis as adopted in 1998)*; *OECD Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Paris, Oct. 1999; *WIPO Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Rights*, May, 2000.

¹ Também se usa a expressão TVNet ou WebTV. Este novo “rosto” da televisão é, aliás, bem sublinhado no Memorando, págs. 12-3, 19-21.

3. Este aspecto leva-nos, aliás, a fazer uma referência ao regime dos operadores de distribuição por cabo, antes de prosseguirmos com a análise da Lei da Televisão. Tanto mais que os operadores de TV por cabo são apontados no Memorando como os principais concorrentes da plataforma digital terrestre¹.

Na realidade, o modelo jurídico da distribuição por cabo é configurado em termos de abranger a generalidade das funcionalidades da plataforma digital terrestre, com especial referência para a interactividade que é expressamente contemplada neste enquadramento regulamentador. Por outro lado, a Lei da Televisão também não abrange a mera retransmissão de emissões alheias. Ora, a mera retransmissão de emissões alheias e a prestação de serviços interactivos são objecto do Regime dos Operadores de Distribuição por Cabo².

Este Regime regula as condições de acesso e de exercício da actividade de operador de rede de distribuição por cabo, para uso público, no território nacional (art. 1.º). Sendo que a actividade de operador de rede de distribuição por cabo envolve a instalação e a exploração da correspondente infra-estrutura para a transmissão e retransmissão de informação, compreendendo, nomeadamente, a distribuição de emissões de radiodifusão sonora e de televisão próprias e de terceiros, codificadas ou não (1), a prestação de serviços de natureza endereçada (2)³, de serviços de transmissão de dados (3) e a oferta de capacidade de transmissão a terceiros (4). Relativamente à transmissão por cabo de emissões de rádio e de televisão, este Regime abrange apenas os casos de mera retransmissão de emissões de terceiros processada de forma simultânea e integral, sendo os outros regulados pela legislação específica que prevê as respectivas condições de acesso à actividade e o regime da mesma (ver também art. 16.º, 1-b). Quanto aos serviços de natureza endereçada, a sua prestação é permitida aos operadores de rede de distribuição por cabo, quer sejam acessíveis por solicitação individual (por exemplo, vídeo a pedido), quer sejam prestados mediante acto de adesão (por exemplo, canais televisivos codificados a pagar), na medida em que ambos sejam funcionalmente associados e adequados ao objecto das transmissões de televisão e de radiodifusão sonora e desde que exclusivamente suportados na respectiva rede (art. 9.º). Por fim, o operador poderá ainda oferecer ligações bidireccionais para a transmissão de dados, mediante licença, e locar a terceiros a capacidade de transmissão da respectiva rede de distribuição por cabo para a prestação de serviços de telecomunicações (art. 10.º, 1 e 2)⁴.

Assim, o regime de distribuição por cabo permite aos operadores de rede de distribuição por cabo exercerem um conjunto de actividades que correspondem às funcionalidades da plataforma digital terrestre. Isto significa, por outro lado, que, ao contrário da Lei da Televisão, a distribuição por cabo poderá realizar, no mesmo enquadramento regulamentar, a televisão interactiva com serviços da sociedade da informação e outras funcionalidades associadas⁵. É no seio deste regime que o operador

¹ Cfr. Memorando, pág. 3-5, 7-9.

² Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro.

³ Distinguindo-se, nos serviços interactivos, os de natureza endereçada e que são acessíveis mediante solicitação individual (tais como os serviços da Internet e de *video-on-demand*) de outros serviços disponibilizados mediante acto de adesão (por ex., *Pay-TV*).

⁴ De notar, porém, que o art. 10.º, 3, proíbe ao operador de rede de distribuição por cabo utilizar ou locar a capacidade da respectiva rede para a prestação do serviço fixo de telefone.

⁵ Ou que lhe são impostas por lei, como a que resulta de o operador de rede de distribuição por cabo distribuir obrigatoriamente os canais do serviço público de televisão e as emissões de serviço público de radiodifusão, quando com autorização distribua qualquer sinal de radiodifusão (art. 12.º). O Memorando da TDT vai mais longe do que esta obrigação, recomendando a obrigatoriedade do transporte e difusão dos 4 canais nacionais existentes, previstos na Lei da

de distribuição por cabo em Portugal mais “bem instalado”, a TV Cabo, cobre actualmente 55% das casas portuguesas e goza de uma taxa de assinatura na ordem dos 20%, com serviços de televisão a pagamento (por ex., o canal Sport TV) e serviços interactivos (por ex., vídeo-a-pedido), considerando-se que será tanto mais difícil concorrer com a TV Cabo quanto mais tardar a introdução da televisão digital terrestre em Portugal¹.

O exercício da actividade de operador de rede de distribuição por cabo, *supra* definida, depende de autorização a conceder pelo membro do Governo responsável pela área das comunicações sob proposta do ICP, a quem compete também a emissão do título de autorização (art. 4.º). Todavia, esta autorização não abrange a transmissão por cabo de emissões próprias de rádio e de televisão, que é regulada por legislação específica, que consiste, ao que parece, na Lei da Televisão (e o Regime de Atribuição de Licenças e Autorizações para o Exercício da Actividade de Televisão) e na Lei da Radiodifusão.

4. De regresso à Lei da Televisão, que considerámos abranger na sua regulamentação a televisão digital terrestre (ainda que com exclusão da sua dimensão de interactividade), verificamos que o acesso à actividade televisiva digital terrestre será objecto de licenciamento, mediante concurso público, sendo cada licença individualizada de acordo com o número de canais a utilizar por cada operador candidato (art. 12.º, 1 e 3). Ao mesmo tempo, o estabelecimento, gestão e exploração de redes de transporte e difusão do sinal televisivo digital terrestre obedecerá ao regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público² (art. 12.º, 2).³

A - Licenciamento da actividade de televisão digital terrestre

5. Começando pelo licenciamento da actividade televisiva, competirá à AACS atribuir as licenças para o exercício da actividade de televisão (art. 13.º LT). Ao ICS cabe instruir os processos de licenciamento, devendo promover para o efeito a recolha do parecer do ICP relativamente às condições técnicas da candidatura. Concluída a instrução, o ICS submete os processos à apreciação da AACS, a quem competirá a decisão de atribuição das licenças (art. 14.º); decisão esta que todavia é condicionada pela verificação da qualidade técnica e da viabilidade económica do projecto (art. 15.º, 1).

Ora, os termos em que o processo de decisão se encontra legalmente configurado significam, em nosso juízo, que o parecer do ICP relativamente às condições técnicas dos candidatos tem um duplo valor.

Por um lado, o parecer do ICP tem um valor negativo, que consiste em excluir dentro do círculo de candidatos aqueles que não são elegíveis. Por outro lado, o parecer do ICP tem um valor positivo,

Televisão, a efectuar gratuitamente nos primeiros 6 anos de emissões em *simulcast*. Veja-se o ponto (7) das Recomendações, p. 5.

¹ Cfr. Memorando, págs. 3, 7-8.

² Decreto-Lei n.º 381-A/97 de 30 de Dezembro (desenvolve a Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto - “Lei de Bases das Telecomunicações” - e transpõe para o direito interno as Directivas n. 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99 de 23 de Março (revoga o artigo 37.º).

³ De igual modo, nos termos do Regime de Atribuição de Licenças e Autorizações para o Exercício da Actividade de Televisão (DL 237/98, 5.8), o estabelecimento de redes próprias de transporte e distribuição por cabo ou por satélite do sinal televisivo é regulado, respectivamente, pelos DLs 241/97, 18.9, e 381-A/97, 31.12.

que se traduz em definir dentro dos candidatos elegíveis — isto é, não excluídos — os que apresentam melhores condições em termos de qualidade técnica da candidatura.

Vale isto por dizer que a decisão de atribuição das licenças que compete à AACS tomar, em primeiro lugar, não poderá ser favorável a um dos candidatos excluídos pelo parecer do ICP e, em segundo lugar, deverá, no prisma em análise, eleger o candidato que, segundo o parecer do ICP, melhores condições apresente em termos de qualidade técnica. O valor positivo do parecer do ICP significará ainda que caso a escolha da AACS não coincidir com a melhor candidatura do prisma técnico, deverá a AACS justificar que outras razões a levam a não decidir pela candidatura cuja sustentabilidade em termos de qualidade técnica é considerada melhor pelo parecer do ICP. Em suma, em tais casos o parecer do ICP impõe sobre a AACS um ónus de contra-justificação.

Esta contra-avaliação poderá ser justificada em virtude de no processo de decisão de atribuição de licenças a AACS ter que atender ainda a outros critérios, que não os de índole puramente técnica. Nomeadamente, no que respeita ao licenciamento de canais codificados deverão ser objecto de especial ponderação os custos de acesso, bem como as condições e as garantias de prestação do serviço aos consumidores (art. 15.º, 5). E, especialmente no domínio da atribuição de licenças para emissões terrestre digitais de cobertura nacional, a Lei da Televisão salvaguarda que será reservada capacidade de transmissão para os canais detidos pelos operadores licenciados à data da sua entrada em vigor (art. 15.º, 4)¹.

Não obstante, apesar de a AACS dever atender a outros critérios, a sua decisão, do ponto de vista da qualidade técnica, será vinculada ao parecer do ICP. Por um lado, não poderá considerar candidatos excluídos em termos de qualidade técnica segundo o parecer do ICP. Por outro lado, dentro dos candidatos tecnicamente elegíveis, a AACS deverá dar preferência à candidatura melhor qualificada em termos de qualidade técnica segundo o parecer do ICP, apenas podendo optar por um outro candidato tecnicamente elegível, mediante justificação adequada, na medida em que tal decisão se fundamente em outros critérios legais que lhe cumpre atender.

6. Depois, o art. 19.º da Lei da Televisão prevê a regulamentação do licenciamento de canais televisivos a aprovar pelo Governo na forma de Decreto-Lei. Essa regulamentação foi estabelecida pelo Regime de Atribuição de Licenças e Autorizações para o Exercício da Actividade de Televisão². Como se pode ler no preâmbulo deste diploma: “tal regulamentação afigura-se imprescindível para conferir efeito útil à criação de novos canais televisivos, prevista na recente lei da televisão, nomeadamente através da difusão de programas por meio de via hertziana terrestre, com tecnologia digital, do cabo ou do satélite”.

Confirma-se, portanto, a interpretação que sustentamos da Lei da Televisão, no sentido de abranger no seu âmbito de aplicação a televisão digital hertziana terrestre. Cumpre referir, todavia, que embora refira expressamente as exigências da tecnologia digital na criação de novos canais televisivos, este regime é omissivo relativamente à problemática da televisão interactiva com serviços da sociedade da informação.

Deixando este aspecto de parte, por agora, importa referir que, nos termos do art. 1.º deste Regime, tal como previsto na Lei da Televisão, a actividade de televisão digital hertziana terrestre só

¹ As recomendações do Memorando da TDT permitirão cumprir esta obrigação, pois prevê a obrigatoriedade do transporte e difusão dos 4 canais nacionais existentes, previstos na Lei da Televisão, a efectuar gratuitamente nos primeiros 6 anos de emissões em *simulcast*. Veja-se o ponto (7) das Recomendações, p. 5.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237/98 de 5 de Agosto.

pode ser exercida mediante licença. Todavia, as licenças detidas pelos operadores de televisão licenciados à data da entrada em vigor da Lei da Televisão constituem, nos precisos termos em que lhes foram atribuídas, habilitação bastante para o exercício da respectiva actividade por via hertziana terrestre digital, sem bem que a sua utilização por aqueles operadores seja limitada à difusão integral e simultânea dos programas disponibilizados na rede analógica. Para o efeito, sob pena de caducidade, os operadores interessados deveriam exercer esse direito no prazo de 60 dias e comunicá-lo à AACS nos 30 dias subsequentes.

Isto significa, por um lado, que os operadores de televisão licenciados em Julho de 1998 que exerçam o seu direito e realizem a respectiva comunicação à AACS nos referidos prazos têm licença para a televisão digital hertziana terrestre. Sendo que, por outro lado, estes operadores televisivos têm direito de acesso, em igualdade de condições, às redes públicas de telecomunicações exploradas por operadores licenciados ao abrigo do regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público¹

7. Relativamente aos novos canais, as licenças são atribuídas mediante concurso público, o qual deverá sujeitar-se a regulamento a ser aprovado por portaria do membro do Governo responsável pela área da comunicação social.

A atribuição de licenças, que compete à AACS (art. 10.º), fica condicionada pela verificação da qualidade técnica e da viabilidade económica do projecto (art. 7.º, 1). Quanto à viabilidade económica, considera-se adequada a garanti-la a cobertura, por capitais próprios em montantes não inferiores a 25% do valor do investimento global referente à actividade que o operador se propõe desenvolver (art. 7.º, 2). Quanto à qualidade técnica, o Regime nada diz, colocando-se o problema da interpretação do silêncio do legislador.

Ora, em nosso entender, trata-se de um silêncio eloquente. Vale isto por dizer que o Regime não regula o requisito da qualidade técnica dos projectos — nem teria que regular —, porque pressupõe o quadro normativo regulamentar da Lei da Televisão. Isto significa que o Regulamento deve ser interpretado segundo a Lei da Televisão, no sentido de essa qualidade técnica ser definida pelo ICP nos termos acima referidos. Em suma, o parecer do ICP relativamente às condições técnicas dos candidatos tem um duplo valor. Por um lado, tem um valor negativo, que consiste em excluir dentro do círculo de candidatos aqueles que não são elegíveis. Por outro lado, o parecer do ICP tem um valor positivo, que se traduz em definir dentro dos candidatos elegíveis — isto é, não excluídos — os que apresentam melhores condições em termos de qualidade técnica da candidatura. Nestes termos, a decisão de atribuição das licenças que compete à AACS tomar: 1.º não poderá ser favorável a um dos candidatos excluídos pelo parecer do ICP; 2.º deverá eleger o candidato que, segundo o parecer do ICP, melhores condições presente em termos de qualidade técnica, tendo o ónus da justificação, que deverá fundamentar em outros critérios a que seja legalmente obrigada a atender, se não decidir pela candidatura cuja qualidade técnica seja considerada a melhor pelo parecer do ICP.

De igual modo, o valor do parecer do ICP atribuído pela Lei da Televisão deverá ser atendido na interpretação dos arts. 8.º a 10.º. Com efeito, este Regime destina-se a introduzir o “desenvolvimento normativo”² do processo de atribuição de licenças previsto na Lei da Televisão, e não a alterá-lo ou

¹ Decreto-Lei n.º 381-A/97 de 30 de Dezembro (desenvolve a Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto - “Lei de Bases das Telecomunicações” - e transpõe para o direito interno as Directivas n. 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99 de 23 de Março (revoga o artigo 37.º).

² Cfr. art. 19.º da Lei da Televisão.

corrigi-lo. Pelo que o valor que aqui é dado ao parecer do ICP (arts. 14.º e 15.º) deverá ser tido, em sede de regulamentação, como pressuposto.

B - Estabelecimento, gestão e exploração de redes de transporte e difusão do sinal televisivo digital terrestre

8. A Lei da Televisão dispõe que o estabelecimento, gestão e exploração de redes de transporte e difusão do sinal televisivo digital terrestre obedecerá ao regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público¹ (art. 12.º, 2).²

Ora, a Lei de Bases das Telecomunicações³ define as telecomunicações⁴ de uso público e os serviços de telecomunicações⁵ de uso público segundo o critério da sua destinação ao público em geral. Trata-se de actividades que utilizam o domínio público radioeléctrico, isto é, o espaço pelo

¹ Decreto-Lei n.º 381-A/97 de 30 de Dezembro (desenvolve a Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto - “Lei de Bases das Telecomunicações” - e transpõe para o direito interno as Directivas n. 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99 de 23 de Março (revoga o artigo 37.º).

² De igual modo, nos termos do Regime de Atribuição de Licenças e Autorizações para o Exercício da Actividade de Televisão (DL 237/98, 5.8), o estabelecimento de redes próprias de transporte e distribuição por cabo ou por satélite do sinal televisivo é regulado, respectivamente, pelos DLs 241/97, 18.9, e 381-A/97, 31.12.

³ Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto (define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações). A LBT não se aplica aos serviços de telecomunicações de difusão (art. 1.º, 2), isto é, aqueles em que a comunicação se realiza num só sentido, simultaneamente para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento (art. 2.º, 6-b).

Por outro lado, embora esta lei abranja as telecomunicações (e os serviços de telecomunicações) endereçadas, isto é, aquelas em que a informação é apenas enviada a um ou a mais destinatários predeterminados, através de endereçamento, podendo ou não haver bidireccionalidade (art. 2.º, 3-a), a verdade é que os serviços interactivos não são contemplados expressamente nesta lei. Em sentido amplo, os serviços de telecomunicações poderiam ser entendidos no sentido de abranger os serviços interactivos de natureza endereçada. Todavia, a lei de bases das telecomunicações não autonomiza estes serviços interactivos, também conhecidos por serviços multimedia, sendo também sustentável que, numa acepção estrita da noção de serviços de telecomunicações, nem sequer os prevê. Com efeito, estes serviços interactivos, embora se baseiem em serviços de telecomunicações em sentido estrito, a eles acrescentam um valor traduzido nos conteúdos informativos que veiculam. Sobre esta questão, apelando no sentido da autonomização dos serviços interactivos dos serviços de telecomunicações em sentido estrito, veja-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, 1999. Recentemente, como referimos atrás, o Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril (transpôs para a ordem jurídica interna a 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) consagrou uma noção destes serviços, nos termos da qual constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração. Esta noção, de fonte comunitária, foi retomada na 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, e, mais recentemente, na Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”). Já antes, entre nós, o regime dos operadores de rede de distribuição por cabo previa 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).

⁴ Que consistem na transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos, por meios radioeléctricos e por outros sistemas electromagnéticos (art. 2.º, 1, LBT).

⁵ Pelos quais se entende a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações, isto é, o conjunto de meios físicos, denominados infra-estruturas, ou electromagnéticos, que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais (art. 2.º, 4 e 7, LBT).

qual podem propagar-se as ondas radioelétricas, cuja gestão, administração e fiscalização competem, nos termos da lei, ao Estado (art. 3.º LBT).

A Lei de Bases das Telecomunicações consagra o princípio da liberalização das telecomunicações (art. 8.º). Em conformidade, é prescrito o princípio da liberdade de estabelecimento, gestão, exploração e utilização de redes públicas, apenas podendo ser condicionados por limitações do espectro radioelétrico, pela disponibilização de números suficientes ou por razões de segurança e ordem pública (art. 11.º).

9. Em desenvolvimento deste princípio, foi aprovado o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público¹. Nos termos deste regime, a prestação de serviços de telecomunicações está sujeita a mero registo, embora careçam cumulativamente de licença, *inter alia*, o estabelecimento e ou o fornecimento de redes públicas de telecomunicações e a atribuição de frequências para o estabelecimento de redes ou a para a prestação de serviços (art. 4.º, 1 e 2-b/c).

Ora, a introdução da televisão digital hertziana terrestre implica uma actividade de exploração de redes públicas de telecomunicações², pelo que será necessária a respectiva licença, para além do registo. Em princípio, competem ao ICP os actos de registo e a atribuição de licenças; todavia, quando tais actos envolverem a atribuição de frequências no âmbito do concurso caberá ao membro do Governo responsável pela área das comunicações a atribuição das licenças (art. 3.º LBT), a quem compete, em qualquer caso, a aprovação, por portaria, dos regulamentos de exploração das redes e dos serviços de telecomunicações de uso público (art. 5.º)³. Veja-se, agora, o Regulamento de Exploração de Redes Públicas de Telecomunicações⁴ e o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público⁵.

III. Apreciação na generalidade da aplicação dos regimes legais convocados à introdução da TDT

1. Confirma-se, pela análise dos regimes legais, que a introdução da televisão digital hertziana terrestre em Portugal cai no âmbito de duas ordens de competências distintas. Isto é, o ordenamento jurídico português apresenta uma estrutura dualista ou bi-dimensional de competências, à qual se deverá sujeitar a introdução da televisão digital hertziana terrestre.

Por um lado, o Regime de Acesso à Actividade dos Operadores de Redes Públicas de Telecomunicações e dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público em desenvolvimento da Lei

¹ Decreto-Lei n.º 381-A/97 de 30 de Dezembro (transpõe para o direito interno as Directivas n. 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99 de 23 de Março (revoga o artigo 37.º).

² Cfr. Memorando, pág. 15-17.

³ Todavia, esses regulamentos seriam aprovados por Decreto-Lei: *vide* Decreto-Lei n.º 290-A/99 de 30 de Julho (estabelece as condições gerais a que obedece a exploração de redes públicas de telecomunicações no território nacional tendo em vista a oferta de rede aberta, incluindo a oferta de circuitos alugados), Decreto-Lei n.º 290-B/99 de 30 de Julho (aprova o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público).

⁴ Decreto-Lei n.º 290-A/99 de 30 de Julho. Nos termos do art. 2.º deste diploma, os operadores de rede de distribuição por cabo que utilizem ou forneçam a sua rede para a prestação de serviços de telecomunicações de uso público endereçados estão sujeitos ao Regulamento de exploração de redes públicas de telecomunicações, ficando obrigados a requerer ao ICP o respectivo licenciamento como operador de rede pública nos termos do DL 381-A/97, 30-12.

⁵ Decreto-Lei n.º 290-B/99 de 30 de Julho

de Bases das Telecomunicações, atribui ao MES competência para a atribuição das frequências e das licenças de operador de rede pública de telecomunicações.

Por outro lado, a Lei da Televisão e o Regime de Atribuição de Licenças e Autorizações para o Exercício da Actividade de Televisão atribuem à AACS competência para licenciar os novos canais televisivos, devendo atender, todavia, ao valor negativo e positivo do parecer do ICP sobre a qualidade técnica das candidaturas.

2. A pergunta que se coloca agora é a seguinte: a esta estrutura dualista de competências corresponderá necessariamente uma estrutura dualista de processos? Ou, pelo contrario, será admissível fazer convergir cumulativamente num mesmo processo de licenciamento as duas ordens de competências, coordenado-as mediante uma adequada metodologia do processo de tomada de decisão?

Numa abordagem interpretativa puramente formalista, a resposta seria tendencialmente negativa. Nesta perspectiva, cada competência deveria exercer-se autonomamente nos termos de um processo de decisão próprio, dando expressão à separação dos regimes legais das duas actividades envolvidas: televisão e telecomunicações.

Esta interpretação seria favorável ao modelo 1 de implementação da TDT, nos termos do qual o processo seria caracterizado por dois momentos distintos, os quais corresponderiam à actuação normativa autónoma dos dois regimes de acesso às actividades envolvidas¹. Num primeiro momento, da competência do MES, proceder-se-ia ao concurso público de licenciamento do operador da plataforma digital terrestre, enquanto operador de rede pública de telecomunicações, após decisão prévia quanto ao modelo de atribuição das frequências. Num segundo momento, da competência da AACS, proceder-se-ia ao concurso público de licenciamento de canais de televisão hertziana digital terrestre, ao qual poderia concorrer em igualdade de circunstâncias o operador licenciado para a plataforma digital terrestre.

3. Ora, a seguir-se esta interpretação, então o processo de implementação da TDT em Portugal estaria sujeito ao risco legal de o operador licenciado da DVB-T não ser também o adjudicatário do *bouquet* de novos programas de televisão. Este risco legal, por seu turno, projectar-se-ia, em termos exponenciais, no risco económico relativo ao investimento da infra-estrutura, podendo comprometer prejudicialmente todos os interesses, em especial de natureza pública, potencialmente envolvidos no processo.

Em vista disto, o Memorando recomenda o modelo 2 de implementação da TDT, que consistiria em uma plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto: neste modelo, a atribuição da licença de operador de redes de telecomunicações seria concedida em simultâneo com as licenças para o *bouquet* de novos programas de televisão mediante concurso público conjunto, assegurando, por essa via, que o adjudicatário da licença de operador de redes de telecomunicações e o adjudicatário das licenças para o *bouquet* de novos programas fossem a mesma entidade.²

Para coordenar as duas competências num concurso conjunto considera-se necessário um processo de tomada de decisão que observe a seguinte metodologia: 1.º Após verificação preliminar, as candidaturas seriam remetidas aos MES, o qual, na matéria do concurso da sua competência

¹ Cfr., desenvolvidamente, Memorando, pág. 27-8, 30-1.

² Cfr. Memorando, págs. 5 e 42.

(licenciamento de operador de rede pública de telecomunicações), classificaria os candidatos quanto à sua qualidade técnica, embora não atribuindo nesta fase a licença (que ficaria condicionada pela decisão da AACCS); 2.º Após avaliação da qualidade técnica das candidaturas pelo MES, as candidaturas seriam remetidas à AACCS, a qual, na matéria da sua competência (licenciamento de canais de televisão), decidiria de entre os candidatos classificados pelo MES, sendo que a não verificação da qualidade técnica de uma proposta constituiria um critério de exclusão para decisão da AACCS; 3.º Finalmente, o MES licenciaria a entidade escolhida pela AACCS. Baseado nesta metodologia do processo de decisão, o modelo 2 permitiria que o operador da plataforma digital terrestre licenciado pelas duas vias (MES e AACCS) fosse a mesma entidade.¹

4. O modelo 2, cuja adopção pelo Governo é recomendada no Memorando, afasta-se, portanto, da abordagem interpretativa, segundo a qual cada competência deveria exercer-se autonomamente nos termos de um processo de decisão próprio, dando expressão à separação dos regimes legais das duas actividades envolvidas (televisão e telecomunicações).

Ao invés, a interpretação que informa o modelo 2 atende, em primeira linha, aos interesses em conflito no processo de implementação da TDT em Portugal, propondo uma via de solução que optimize os fins e os objectivos práticos dos instrumentos normativos convocados neste âmbito. Trata-se, portanto, de uma abordagem material do problema, centrada nos interesses em ponderação e nos efeitos da decisão, em que as leis são chamadas para resolver os problemas e prosseguir eficazmente o programa normativo que as informa, ao invés de intervirem como puros comandos literais desprovidos de intencionalidade prática.

Vale isto por dizer que, segundo o modelo 2 de implementação da TDT, à estrutura dualista de competências não corresponde necessariamente uma estrutura dualista de processos, sendo, antes pelo contrario, admissível fazer convergir cumulativamente num mesmo processo de licenciamento as duas ordens de competências, coordenado-as mediante uma adequada metodologia do processo de tomada de decisão.

5. Ora, parece-nos que a abordagem que preside ao modelo 2 de implementação da TDT tem sustentabilidade jurídica. Além disso, os termos do modelo 2 não são, em nosso entender, incompatíveis com o quadro jurídico vigente.

Cumprir referir, porém, que esta nossa apreciação funda-se nos resultados do relatório económico e tecnológico que dá corpo ao Memorando e que se dão aqui por inteiramente reproduzidos. Resultados esses sobre os quais não nos pronunciamos, em virtude de isso estar fora do âmbito do pedido².

Assim, a opinião que formulamos sobre a sustentabilidade jurídica do modelo 2 pressupõe a análise dos resultados económicos e tecnológicos do relatório, sendo, portanto, em face deste “recorte da realidade” que defendemos a validade jurídica daquele modelo. Em especial, dá-se por adquirido que a não convergência na mesma entidade do licenciamento da DVB-T e dos novos

¹ Cfr. Memorando, p. 42. Nos termos da conclusão (8): “Face à dimensão do mercado Português e suas particularidades, as actuais disponibilidades do espectro, as características da tecnologia DVB-T, os custos associados à sua introdução e demais elementos relevados nesta análise, conclui-se que, dos modelos de implementação identificados no capítulo anterior [4. Modelos alternativos de implementação da DVB-T], o que reúne o maior conjunto de virtudes é o Modelo 2, que se recomenda seja adoptado pelo Governo.”

² De igual modo, também não nos pronunciamos sobre as outras Recomendações que seguem o Sumário Executivo, designadamente as Recomendações (1) e (3) a (9). Cfr. Memorando, pág. 5.

canais televisivos associados a serviços interactivos da sociedade da informação poderá comprometer prejudicialmente o êxito do processo de implementação da TDT em Portugal por razões de ordem económico-financeira e tecnológica relativas ao investimento nas infra-estruturas. E que, por via disso, não se permitirá a prossecução do interesse público que esta nova infra-estrutura comunicacional poderá, com vantagem, servir.

Vale isto por dizer que, tendo como horizonte económico-tecnológico os resultados do Memorando, limitar-nos-emos a aduzir as razões de natureza estritamente jurídica que, em nossa opinião, são susceptíveis de justificar fundamentadamente a sustentabilidade jurídica do modelo 2.

Por outro lado, a argumentação que teceremos seguidamente propõe-se intervir numa área relativamente nova. A novidade desta matéria reflecte-se, designadamente, na escassez — senão mesmo inexistência — de estudos de apoio, sendo que mesmo no direito comparado as problemáticas abordadas nem sempre coincidem com a que nos ocupa¹. Nesse sentido, a via que exploramos centra-se no direito positivo português, a partir do qual apresentamos argumentos que, em nosso entender, fundamentam a sustentabilidade jurídica do modelo 2 de implementação da TDT em Portugal.

IV. Fundamentação argumentativa da interpretação sustentada

A. Previsão normativa e novos paradigmas tecnológicos: a televisão digital interactiva

Em primeiro lugar, os regimes legais aplicáveis² são informados pelo quadro tradicional de separação das actividades dos diferentes meios de comunicação: audiovisual, telecomunicações, informática. Assim, por exemplo, a Lei da Televisão exclui do seu âmbito os serviços interactivos da sociedade da informação, deixando de fora a nova realidade da televisão interactiva. De igual modo, a Lei de Bases das Telecomunicações só por interpretação extensiva poderá ser compreendida no sentido de abranger a interactividade dos novos *media*, para além de expressamente dispor que não se aplica aos serviços de difusão. Ao mesmo tempo, porém, o Regime dos Operadores de Distribuição por Cabo oferece um quadro regulamentar que prevê o novo paradigma da interactividade comunicacional, sendo que é no seio deste instrumento normativo que a TV Cabo tem vindo a ocupar uma posição dominante no mercado, oferecendo funcionalidades que, com o decurso do tempo, comprometem a implementação da TDT.

Nesse sentido, aplicar aqueles regimes legais à implementação da TDT segundo uma abordagem puramente formalista traduzir-se-á na utilização de instrumentos normativos de enquadramento regulamentador que têm por base um quadro tecnológico hoje superado por força do fenómeno de convergência multimedia gerado pela revolução da tecnologia digital. Isto não significa que a televisão digital hertziana terrestre, que é expressão deste novo paradigma, não esteja prevista no quadro regulamentar aplicável. Por análise dos regimes legais, concluímos que a TDT é

¹ Veja-se, nomeadamente, Kurihara, *Broadcasting in the Digital Environment*, Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theater Recht, UFITA 1996, p. 93; Weisser, *Dienstleistung zum Vertrieb digitaler Pay TV-Angebote*, ZUM 1997, p. 877; Engel, *Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in fernsehkabelnetzen (Kabellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen)*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, ZUM 1997, p. 309; Cave / Cowie, *Not Only Conditional Access (Towards a Better Regulatory Approach to Digital TV)*, Communications & Strategies, C&S 1998, p. 77; Ring, *Rundfunk und Internet*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, ZUM 1998, p. 358; Büttler, Marc, *Information Highway — Rundfunk- oder Fernmeldedienst?*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen)*, München, 1996, p. 171. Para mais referências bibliográficas veja-se o Anexo II, que contém uma lista de bibliografia seleccionada.

² Lei da Televisão e Regime de Licenciamento dos Canais Televisivos, por um lado, e Lei das Telecomunicações e Regime dos Operadores de Redes Públicas de Telecomunicações, por outro.

expressamente prevista, quer na Lei da Televisão (art. 15.º, 4), quer no Regime de Licenciamento de Canais Televisivos (art. 1.º). Todavia, estes diplomas referem-se apenas à televisão tradicional — com a única diferença de o suporte ser agora digital e aproveitando o “milagre da multiplicação” daí decorrente—, mas deixando de fora a nota mais impressiva do novo paradigma tecnológico que é a interactividade.

Em suma, estes regimes serão aplicáveis à Televisão Digital, mas não à Televisão Digital Interactiva. Pelo que as licenças que se atribuem ao abrigo dos respectivos regimes poderão não cuidar de todo o moderno horizonte da Economia Digital, do Comércio Electrónico e da Sociedade da Informação, que se apoia nos serviços interactivos à distância¹. Isto não significa que não se deva aplicar estes instrumentos normativos no processo de implementação da TDT em Portugal. Significa, apenas, que a sua aplicação não deverá seguir uma abordagem puramente formalista que desconsidera potencialmente o universo da interactividade permitida pela TDT².

B. A importância da interpretação e aplicação das leis segundo o programa normativo que as informa

Em segundo lugar, o facto de os regimes legais chamarem a intervir duas entidades distintas, a quem compete atribuir as licenças do respectivo ramo de actividade, tal não significa que os concursos públicos de licenciamento tenham que ser necessariamente autónomos e desligados. Ou seja, a competências distintas não correspondem necessariamente concursos de licenciamento distintos, quando no essencial ambas as competências incidam sobre um processo de implementação de uma nova plataforma comunicacional cuja viabilidade depende, por razões económicas e tecnológicas, de uma articulação conjugada de ambas as competências.

Por outro lado, prevendo a Lei da Televisão no seu programa normativo a criação de novos canais por via da televisão digital hertziana terrestre, mas traduzindo-se a intervenção autónoma de duas competências no insucesso da operação³, então, em concreto, a aplicação literal e formal da lei conduziria ao não cumprimento do seu programa normativo, logrando-se desse modo a intencionalidade prática das leis. Por esta razão, a aplicação dos regimes legais deverá atender aos interesses envolvidos no respectivo programa normativo, em termos de oferecer a via de regulamentação mais adequada à satisfação daqueles interesses e à prossecução deste programa no processo de implementação da TDT. Ora, o modelo 2 parece-nos, no essencial, adequado a este escopo, tendo em vista os resultados apresentados no Memorando.

C. Valor do parecer técnico do ICP e processo de decisão no modelo de plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto

Em terceiro lugar, o modelo de plataforma única DVB-T, com licenciamento conjunto, segundo a metodologia de processo de tomada de decisão exposta no Memorando, permite articular

¹ Sobre esta matéria, veja-se o breve texto que juntamos em Anexo, *A Construção da Sociedade da Informação e a Emergência da Economia Digital: Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*.

² Cfr. Memorando, pág. 19 e seg. Apesar de se reconhecer que por razões de disponibilidade do espectro radioelétrico e de ordem económica “a TDT apenas pode oferecer serviços com uma dose limitada de interactividade”, considera-se que é “possível tirar partido de forma inteligente, da limitada capacidade da TDT, tendo presente a previsível evolução das tecnologias de memória de processamento, que conferirão ao equipamento receptor (STB ou iTV) capacidades suficientes para tornar o televisor o interface privilegiado, em ambiente doméstico, para um grande número de serviços ditos da Sociedade da Informação”, mais se acrescentando que “a médio prazo, num cenário de fecho dos serviços de TV analógica, a capacidade de espectro para TDT poderá viabilizar serviços com um grau de interactividade superior.”

³ Como se sustenta no Memorando.

coordenadamente as duas competências, sem afectar a legalidade do processo. Parece-nos inclusivamente razoável sustentar que os termos da metodologia proposta optimizam a intervenção das duas competências, uma vez considerado o valor do parecer do ICP sobre a qualidade técnica das candidaturas em sede de decisão da AACS de atribuição da licença de novos canais.

Como vimos em sede de análise dos regimes legais, compete à AACS a decisão de atribuição das licenças da actividade televisiva, embora a sua decisão seja condicionada pela verificação da qualidade técnica e da viabilidade económica do projecto, a qual é definida pelo parecer do ICP que cabe ao ICS, em sede de instrução, recolher (arts. 13.º, 14.º e 15.º, 1, da Lei da Televisão). Em nossa opinião, os termos em que o processo de decisão se encontra legalmente configurado significam que o parecer do ICP relativamente às condições técnicas dos candidatos tem um duplo valor: por um lado, tem um valor negativo, que consiste em excluir dentro do círculo de candidatos aqueles que não são elegíveis; por outro lado, tem um valor positivo, que se traduz em definir dentro dos candidatos elegíveis — isto é, não excluídos — os que apresentam melhores condições em termos de qualidade técnica da candidatura. Em conformidade, a decisão de atribuição das licenças que compete à AACS tomar, em primeiro lugar, não poderá ser favorável a um dos candidatos excluídos pelo parecer do ICP e, em segundo lugar, deverá eleger o candidato que, segundo o parecer do ICP, melhores condições apresente em termos de qualidade técnica. O valor positivo do parecer do ICP significará ainda que caso a escolha da AACS não coincidir com a melhor candidatura do prisma técnico, deverá a AACS justificar que outras razões a levam a não decidir pela candidatura cuja sustentabilidade em termos de qualidade técnica é considerada melhor pelo parecer do ICP. Esta decisão poderá ser justificada em virtude de no processo de decisão de atribuição de licenças a AACS ter que atender ainda a outros critérios, que não os de índole puramente técnica. Nomeadamente, no que respeita ao licenciamento de canais codificados deverão ser objecto de especial ponderação os custos de acesso, bem como as condições e as garantias de prestação do serviço aos consumidores (art. 15.º, 5, Lei da Televisão).

Por outro lado, o Regime de Licenças da Actividade de Televisão reafirma que a decisão da AACS fica condicionada pela verificação da qualidade técnica e da viabilidade económica do projecto (art. 7.º, 1). Porém, ao passo que o critério da viabilidade económica é aqui definido (art. 7.º, 2), já no que respeita à qualidade técnica este Regime é omissivo. Não obstante, em conformidade com o entendimento anteriormente sustentado, julgamos que se trata de um silêncio eloquente, no sentido de que este Regime não regula o requisito da qualidade técnica dos projectos porque pressupõe o quadro normativo regulamentar da Lei da Televisão. Isto significa que o Regime deve ser interpretado segundo a Lei da Televisão, no sentido de essa qualidade técnica ser definida pelo ICP nos termos acima referidos. De igual modo, o valor do parecer do ICP atribuído pela Lei da Televisão deverá ser atendido na interpretação dos arts. 8.º a 10.º. Com efeito, este Regime destina-se a introduzir o “desenvolvimento normativo” (art. 19.º da Lei da Televisão) do processo de atribuição de licenças previsto na Lei da Televisão, pelo que o valor que aqui é dado ao parecer do ICP (arts. 14.º e 15.º) deverá ser tido, em sede de regulamentação, como pressuposto.

A consideração do valor do parecer do ICP em sede do processo de decisão de atribuição de licença de actividade televisiva pela AACS releva na medida em que, segundo a metodologia do processo de tomada de decisão no modelo de plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto, pretende-se que esse valor seja considerado em termos de definição do círculo positivo de candidatos, assegurando-se assim que a AACS tome uma decisão que se dirija a um dos candidatos elegíveis em termos de qualidade técnica do projecto segundo o parecer do ICP. Em suma, como se

pode ler no Memorando: “A não verificação pelo MES dos requisitos, a verificar na sua área de competência, de uma determinada proposta continua a constituir um critério de exclusão para a decisão da AACS.”¹

Assegurada a qualidade técnica da entidade licenciada pela AACS e, ao mesmo, tempo, os demais critérios que a decisão da AACS deverá observar, a intervenção posterior do MES, licenciando a entidade escolhida pela AACS, otimizará a intervenção de ambas as competências, em termos de articulação coordenada, permitindo, num processo único e integrado de concurso público de licenciamento conjunto, realizar o programa normativo da Lei da Televisão e da Lei das Telecomunicações e satisfazer o interesse público envolvido.

Por outras palavras, o modelo de plataforma única DVB-T, com licenciamento conjunto, segundo uma adequada metodologia de processo de tomada de decisão, traduz-se em coordenar articuladamente as duas competências, respeitando as respectivas áreas de intervenção e a observância dos respectivos critérios legais, com a garantia de que a entidade licenciada apresente um nível de qualidade técnica capaz de implementar com êxito a TDT em Portugal, sem esquecer a sua dimensão de serviços interactivos da sociedade da informação (navegação na Internet, comércio electrónico, audiovisual a pedido, etc).

D. Exemplos legais de actuação conjunta de dois órgãos com competências distintas

Em quarto lugar, a realizar-se o modelo proposto de actuação conjunta de competências tal não seria sequer um processo jurídico inédito, nem excepcional. Aliás, são vários os exemplos que se podem colher na própria legislação em termos de dois órgãos distintos com competências em diversas áreas de actividade serem chamados a actuar conjuntamente, de modo a que em concreto se optimize a realização do programa normativo das leis.

Desde logo, a Lei da Televisão prevê no art. 6.º, 3 (relativo às áreas de cobertura de televisão), que a área geográfica consignada a cada canal poderá não ser coberta com o mesmo programa e sinal recomendado até ao limite de sessenta minutos diários mediante autorização a conceder por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da comunicação social e das comunicações, precedido de parecer favorável da AACS.

Um outro exemplo poderá colher-se no art. 28.º do Regime do Exercício da Actividade de Radiodifusão², inserido no capítulo relativo ao licenciamento. Dispõe esta norma, sob epígrafe “Atribuição, renovação e transmissão de alvará”, que os membros do Governo responsáveis pelas áreas da comunicação social e das comunicações decidem no prazo máximo de 30 dias, a contar da recepção do parecer prévio fundamentado que compete à AACS emitir sobre os pedidos de atribuição, renovação e transmissão de alvarás para o exercício de radiodifusão; sendo que os referidos membros do Governo só poderão deferir os pedidos de alvarás de licenciamento que tenham sido objecto de parecer favorável da AACS³.

Ainda um outro exemplo pode ser colhido no art. 3.º, 3, do Regime de Instalação e Operação do Sistema de Transmissão de Dados em Radiodifusão (RDS) pelos Operadores de Radiodifusão Sonora⁴, nos termos do qual compete conjuntamente ao ICP e aos ICS a autorização para a operação do sistema RDS quando envolva a utilização de radiotexto.

¹ Memorando, pág. 34.

² Lei n.º 87/88 de 30 de Julho, revista pela Lei n.º 2/97 de 18 de Janeiro.

³ Veja-se também o art. 2.º, 5 a 7, da Lei da Radiodifusão.

⁴ Decreto-Lei n.º 272/98 de 2 de Setembro.

Tudo isto exemplos, portanto, de casos previstos na lei em que os dois órgãos distintos são chamados a intervir com as suas competências num processo unitário, actuando em termos de articulação coordenada. Exemplos estes que provam que o modelo proposto de actuação conjunta de competências não seria um processo jurídico inédito em face do nosso ordenamento jurídico.

E. Exemplos de enquadramentos regulamentares conjuntos

Em quinto lugar, para além de exemplos de casos em que os dois órgãos são chamados a intervir conjuntamente com as respectivas competências, será importante referir ainda que a superação do quadro tradicional de separação de dois domínios (televisão e telecomunicações) leva a que cada vez mais frequentemente, em razão do fenómeno da convergência multimedia gerado pela revolução da tecnologia digital, os dois sectores sejam objecto de enquadramentos regulamentares conjuntos. Também aqui podemos apontar alguns exemplos desta tendência para a regulação conjunta dos dois sectores.

Para começar, podemos referir a fixação conjunta no mesmo instrumento normativo¹ das Normas Técnicas a que devem obedecer as emissões televisivas processadas através da via hertziana terrestre, por cabo e por satélite. Entre outros aspectos, dispõe esta medida que as emissões televisivas processadas por via hertziana terrestre, por cabo e por satélite devem obedecer às normas desenvolvidas por um organismo de normalização europeu reconhecido, caso o sinal televisivo seja totalmente digital, nomeadamente a norma DVB-MPEG2, competindo ao ICP publicar, por aviso na 3.ª série do Diário da República, a referência dessas normas.

Depois, um outro exemplo claro da regulação conjunta de dois sectores tradicionalmente separados é a Directiva sobre Serviços de Acesso Condicional², que abrange a radiodifusão televisiva, a radiodifusão sonora, os serviços da sociedade da informação e o fornecimento de acesso condicional. Os serviços de acesso condicional 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. Ora, a exposição do mercado destes serviços ao risco da pirataria justificou a sua protecção jurídica, em vista do desenvolvimento igualmente célere da “pirataria”: um sector paralelo e rentável em que são fabricados e comercializados dispositivos que permitem o acesso não autorizado a esses serviços, estando actualmente a ser utilizados para a comercialização desses dispositivos publicações especializadas e uma série de locais na Internet, e assistindo-se também ao desenvolvimento de um mercado de serviços pós venda para assegurar a manutenção dos referidos dispositivos³.

¹ Portaria n.º 711/98 de 8 de Setembro.

² 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.

³ Cfr. *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno*, Livro Verde da Comunicação, COM(96) 76 final. Em vista disto, 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

Um exemplo final, para terminar, é oferecido pelo diploma que procede à constituição da Portugal Global (SGPS)¹. Na verdade, tendo em conta que o Programa do XIV Governo Constitucional apresenta como “grande aposta transversal” a sociedade de informação e do conhecimento através da renovação das “estruturas comunicacionais, que nela desempenham um papel essencial”, foi constituída uma holding sob a forma de sociedade de gestão de participações sociais (SGPS) com o objectivo de integração, sob forma empresarial, da gestão das participações detidas pelo Estado em empresas na área da comunicação social, sem prejuízo da participação, em outras empresas, com capital total ou parcialmente público que actuem na área do multimedia ou da comunicação *on-line*, através da associação, ou não, a actividades na área das telecomunicações. Com efeito, nos termos do art. 1.º, 2, o objectivo da constituição da Portugal Global é a integração, sob a forma empresarial, do capital e da gestão das participações detidas pelo Estado em empresas na área da comunicação social, bem como a participação noutras empresas, com capital total ou parcialmente público, que actuem na área do multimedia, da comunicação *on-line* e da produção de conteúdos. Trata-se a Portugal Global de uma empresa multimedia, na acepção tradicional do termo, cujo diploma de constituição oferece mais um exemplo da regulamentação conjunta de actividades tradicionalmente separadas.

V. Conclusão

A recomendação do Modelo 2 de implementação da televisão digital hertziana terrestre em Portugal tem sustentabilidade jurídica. Chegamos a este entendimento após análise sumária e apreciação dos regimes legais convocados. A nossa interpretação pressupõe os resultados económicos e tecnológicos do Relatório que dá corpo ao Memorando, circunscreve-se à Recomendação 2 feita neste documento, e sustenta-se na seguinte fundamentação argumentativa:

Primeiro, a previsão normativa dos regimes legais aplicáveis inclui a televisão digital hertziana terrestre, embora não abranja os novos paradigmas tecnológicos, de que é fruto a moderna televisão digital interactiva com serviços da sociedade da informação.

Segundo, as leis devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o programa normativo que as informa, sendo que o programa da Lei da Televisão no sentido da criação de novos canais poderá ser comprometido por uma decisão que escolha um modelo desadequado de implementação da TDT.

Terceiro, o valor do parecer técnico do ICP no licenciamento de novos canais e o papel da AACS são devidamente acautelados pelo processo de decisão proposto para o modelo de plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto, não subtraindo competência a nenhum dos órgãos legalmente competentes.

Quarto, uma análise da legislação relevante nesta área oferece diversos exemplos legais de actuação conjunta de dois órgãos com competências distintas.

Quinto, por fim, é crescente o número de exemplos de enquadramentos regulamentares conjuntos de áreas tradicionalmente separadas (comunicação social e telecomunicações), o que mostra a

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 os prejuízos sofridos pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude ao 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.

¹ Decreto-Lei n.º 82/2000 de 11 de Maio.

necessidade que o legislador tem sentido no sentido de responder adequadamente às exigências da convergência tecnológica.

Por estas razões, somos de opinião que a Recomendação do Modelo 2 de implementação da televisão digital hertziana terrestre em Portugal constante do Memorando é provida de fundamentação jurídica válida.

CONTRATOS DE TELECOMUNICAÇÕES (ASPECTOS JURÍDICO-CONTRATUAIS DA REGULAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES)*

Introdução: Objecto, Método e Sequência

Os contratos de telecomunicações representam um tema de grande importância e actualidade. Ao mesmo tempo, porém, trata-se de um assunto de abordagem difícil, em vista da amplitude e complexidade dos problemas que convoca.

Para começar, só por si, o problema da compreensão da figura do contrato no quadro da dogmática jurídica levanta muitas interrogações. Um tratamento mais apurado desta problemática deveria começar por esclarecer o sentido jurídico do termo contrato. Uma vez encontrada uma tal noção passar-se-ia à identificação da sua presença no mundo das telecomunicações. Este seria, portanto, o percurso ideal: primeiro, saber o que são os contratos; identificar depois o aparecimento desta figura no universo das telecomunicações.

Porém, extravasa os propósitos desta exposição esclarecer o conceito jurídico do termo “contrato”. Utilizaremos, por isso, a “noção moderna” do contrato no sentido de corresponder ao termo romano de *pactio: est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus* (D, 2, 14, 1,1).¹ Uma outra razão pela qual não temos a pretensão de abrir com um conceito acabado de contrato prende-se com o entendimento de que o mundo das telecomunicações poderá imprimir uma re-caracterização da figura. Por outras palavras, a elaboração da “noção moderna” de contrato, de que partimos, não teve nem poderia ter tido em conta o impacto das modernas telecomunicações. Nesse sentido, iluminar o nosso caminho apenas com a referida noção romana de contrato significaria excluir do nosso campo de investigação todos os elementos do mundo das telecomunicações que não coubessem nessa fórmula.

Não obstante, sem um modelo que sirva de base de comparação não poderemos versar sobre o tema dos contratos de telecomunicações. Isto é, sob pena de esta exposição não ter sentido, deveremos pressupor um entendimento mínimo sobre um dos seus termos nucleares. Depois, com base nesse entendimento procuraremos no mundo das telecomunicações as formas que se lhe assemelham.

Esta problemática vale, assim, *mutatis mutandis* para o segundo termo da questão. Trata-se de saber, na realidade, o que são as telecomunicações. Com efeito, consoante um entendimento estrito ou amplo desta palavra, assim serão apertadas ou largas as fronteiras da nossa investigação. Saber, portanto, o que são as telecomunicações. A quem pedir o significado desse termo? À ciência e à tecnologia? À linguagem do senso comum? À etimologia? E se o legislador tiver consagrado uma noção de telecomunicações, qual será a sua relevância para a delimitação do objecto do nosso tema? Estará o intérprete vinculado a uma tal noção quando versar sobre os aspectos jurídicos das telecomunicações, incluindo os contratos?

Todas estas questões se colocam, na realidade, em virtude de o direito ser uma ciência que lida com a linguagem comum, convertendo a sua natural polissemia num sistema conceitual em que procura definir rigorosamente os sentidos jurídicos dos signos utilizados. Veremos que o legislador consagra uma noção de telecomunicações. Tal como fizemos com a “noção moderna” de contrato,

* Revista da ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual), 71/2004, pp. 49-63.

¹ Vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 2.^a reimp., Coimbra: Almedina, 1966, p. 38 (no sentido do contrato como negócio jurídico bilateral ou arranjo de declarações negociais plurais dirigidas à produção de um resultado jurídico unitário ou consensual).

servirá a noção legal de telecomunicações de expediente operatório no tratamento do tema que nos ocupa. Com a ressalva, porém, novamente, de que se trata, apenas, disso mesmo, isto é, de um expediente operatório capaz de servir como modelo de base de comparação na delimitação do universo das telecomunicações. Não excluimos, por isso, que outras formas de telecomunicações possam aparecer neste universo, embora não sejam idênticas às configuradas pela noção legal de telecomunicações.

Assim, numa consideração preliminar, os contratos de telecomunicações serão todos os acordos de vontade celebrados entre duas ou mais partes relacionadas com as telecomunicações. Este primeiro entendimento da questão conduz a uma distinção de base, nos termos da qual os contratos de telecomunicações caracterizar-se-ão consoante as telecomunicações surjam como objecto dos acordos (1), meio de negociação (2), ou antes como meio de cumprimento dos contratos (3).

No primeiro grupo, os contratos de telecomunicações serão todos os acordos de vontade cujo objecto seja composto por telecomunicações. Exemplos deste tipo são os contratos de prestação de serviços de telecomunicações, como o serviço telefónico. No segundo grupo, os contratos de telecomunicações serão todos os acordos de vontade negociados e/ou concluídos por via de telecomunicações. Incluem-se aqui, por exemplo, a figura dos “contratos à distância”, como a negociação por fax ou no comércio electrónico. No terceiro grupo, os contratos de telecomunicações serão todos os acordos de vontade cujo cumprimento seja efectuado por via de telecomunicações. Tratar-se-á, exemplificativamente, das licenças de utilização de bases de dados electrónicas acessíveis à distância, como os serviços interactivos multimedia e, de um modo geral, o comércio electrónico directo¹.

Este recorte preliminar de três grupos distintos de contratos de telecomunicações mostra bem a amplitude e complexidade do tema. Ora, tendo em conta as limitações deste trabalho, não poderemos ter a pretensão de abarcar exaustivamente nesta sede todas as problemáticas realidades mencionadas. Por essa razão, optaremos por dedicar especial atenção aos contratos cujo objecto é composto por telecomunicações².

§ 1. A Lei de Bases das Telecomunicações

1.1 Telecomunicações, Serviços de Telecomunicações e Redes de Telecomunicações: Noção e Modalidades. A Lei de Bases das Telecomunicações³ define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações. Esta Lei consagra algumas definições, que interessa compreender (art. 2.º).⁴

¹ Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, 14-5 (nota de actualização disponível em <http://www.almedina.net>).

² Na comunicação que esteve na base deste texto (e que apresentámos na Conferência NPF sobre *Contratos Comerciais*, realizada no dia 26 de Janeiro de 2000, em Lisboa) desenvolvemos também alguns apontamentos sobre as telecomunicações como meio de contratação e como meio de cumprimento dos contratos, com referência especial às problemáticas actuais do comércio electrónico na Internet. Para uma primeira abordagem a estas questões *vide*, por exemplo, Alexandre Dias Pereira, *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, in <http://www.fd.unl.pt> (*Working Papers*). Para mais desenvolvimentos *vide*, por exemplo, *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, IJC/FDUC, Actas do Colóquio (1998), Coordenação de A. Pinto Monteiro, Coimbra 1999; *Direito da Sociedade da Informação*, I, II, APDI, Coimbra, 1999, 2001.

³ Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto.

⁴ Sobre o direito das telecomunicações *vide*, entre nós, Pedro Gonçalves, *Direito das Telecomunicações*, Coimbra, IJC, Almedina, 1999. Para o direito comparado *vide*, nomeadamente, Bellefonds/Hollande, *Droit de l'Informatique et de la*

Para começar, define as *telecomunicações* como a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos por meios radioelétricos e por outros sistemas electromagnéticos. As telecomunicações, assim definidas, constituem o objecto dos *serviços de telecomunicações*, que a Lei define como a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações. Esta definição de serviços de telecomunicações remete, por seu turno, para a noção de *redes de telecomunicações*, que a Lei define como o conjunto de meios físicos, denominados infra-estruturas, ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais. Especial importância assume a interligação das redes, isto é, a ligação física e lógica das redes de telecomunicações utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores por forma a permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizadores dos serviços prestados.

Por outro lado, as telecomunicações, e os serviços de telecomunicações, são classificados em dois tipos segundo duas ordens de critérios. Primeira, distinguem-se consoante sejam destinados ao público em geral ou ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores, denominando-se, respectivamente, de *uso público* e *privativas*. Segunda, quer sejam de uso público, quer privativas, distinguem-se os que implicam prévio endereçamento daqueles em que a comunicação se realize num só sentido, simultaneamente para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento: enquanto os primeiros chamam-se *endereçados*, os segundos designam-se de *difusão* ou *teledifusão*. Esta última distinção é importante na delimitação do âmbito de aplicação do diploma, porque este não se aplica aos serviços de telecomunicações de difusão (art. 1.º, n. 2).

Assim, as telecomunicações constituem o objecto de uma actividade, que se traduz na prestação de serviços de telecomunicações. Por seu turno, estes serviços, que podem ser públicos ou privativos, endereçados ou de difusão, são prestados através das redes de telecomunicações. Vale isto por dizer que as telecomunicações podem constituir objecto de dois grandes tipos de contratos. Por um lado, os *contratos de exploração das redes de telecomunicações*. Por outro lado, os *contratos de prestação de serviços de telecomunicações*.

A Lei de Bases das Telecomunicações, seguindo a orientação comunitária, consagra o princípio da liberalização das telecomunicações. Todavia, remete para diplomas de desenvolvimento a definição das condições da liberdade de estabelecimento, gestão, exploração e utilização de redes de telecomunicações bem como assim da prestação de serviços de telecomunicações. Posteriormente seriam adoptados diversos diplomas em desenvolvimento desta Lei de Bases¹. Diplomas estes que prevêem regimes especiais relativamente a diversos contratos de telecomunicações, como veremos.

1.2. Serviço Universal e Rede Básica de Telecomunicações: Âmbito, Preços e Financiamento.

Antes de analisar estes diversos contratos, importa referir que a Lei de Bases das Telecomunicações atribui ao Estado a competência de assegurar a existência e disponibilidade de um serviço universal de telecomunicações e a existência, disponibilidade e qualidade de uma rede pública de telecomunicações denominada rede básica.

Télématique, 2. éd., Paris, 1990; Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster, *Beck'sher TKG-Kommentar*, 2. Aufl., München, 1998; Helge Schäfer, *Telekommunikationsgesetz*, Köln 1998; Huet/Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, 1989; Scheurle/Lehr/Mayen, *Telekommunikationsrecht*, München, 1997; Schmidli, *Das Zeitalter der Telekommunikation*, Peter Lang, Bern [...], 1997; Vivant/Le Stanc/Rapp/Guibal, *Lamy droit informatique: informatique, télématique, reseaux* (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992.

¹ A legislação das telecomunicações está acessível no endereço www.anacom.pt.

O *serviço universal de telecomunicações* é entendido como o conjunto de obrigações específicas inerentes à prestação de serviços de telecomunicações de uso público endereçadas, visando a satisfação de necessidades de comunicação da população e das actividades económicas e sociais no todo do território nacional, em termos de igualdade e continuidade e mediante condições de adequada remuneração, tendo em conta as exigências de um desenvolvimento económico e social harmónico e equilibrado. Para o efeito, é garantida a prestação, em termos de serviço universal, de um *serviço fixo de telefone*, o qual poderá ser explorado, nomeadamente, por pessoa colectiva de direito privado mediante contrato.

Por outro lado, a *rede básica de telecomunicações* destina-se a cobrir as necessidades de comunicação dos cidadãos e das actividades económicas e sociais no conjunto do território nacional e assegurar as ligações internacionais, tendo em conta as exigências de um desenvolvimento económico e social harmónico e equilibrado. A rede básica é composta pelo sistema fixo de assinante (1), pela rede de transmissão (2) e pelos nós de concentração, comutação ou processamento, quando afectos à prestação do serviço universal de telefone (3), e deve funcionar como rede aberta (4), servindo de suporte à transmissão da generalidade dos serviços e devendo ser assegurada a sua utilização por todos os operadores de telecomunicações em igualdade de condições de concorrência. Além disso, a rede básica de telecomunicações constitui bem do domínio público do Estado, que pode ser afectada ao operador de serviço universal.

Ora, justamente, o contrato de exploração do serviço fixo de telefone, enquanto serviço universal telecomunicações, em que é parte uma pessoa colectiva de direito de privado, revestirá a forma de concessão quando inclua também o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações. Além disso, o contrato de concessão poderá incluir ainda a obrigação de prestação de um serviço comutado de transmissão de dados e de um serviço de circuitos alugados ou de outros serviços.

O âmbito do serviço universal de telecomunicações foi definido pelo DL 458/99, 5.11¹, que estabelece, de igual modo, os respectivos regimes de fixação de preços e de financiamento, em desenvolvimento da Lei de Bases das Telecomunicações (L 91/97, 1.8). As linhas principais que atravessam este regime são as seguintes:

Primeira, o serviço universal, regido pelos princípios da universalidade, igualdade, continuidade e acessibilidade de preços, constitui, num ambiente de plena concorrência e no contexto da sociedade de informação, a garantia de que todos os cidadãos podem aceder a um nível básico de serviços de telecomunicações de interesse geral, melhorando também as condições técnicas para as zonas mais desfavorecidas.

Segunda, no que respeita ao âmbito deste serviço, e não obstante o carácter evolutivo que caracteriza este conceito, definem-se as prestações que o integram, a saber: ligação à rede telefónica fixa e acesso ao serviço fixo de telefone (1), oferta de postos públicos e disponibilização de listas telefónicas e de um serviço informativo, que incluam os números de assinantes do serviço fixo de telefone e do serviço telefónico móvel (2).

¹ Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de Novembro (transpõe para a ordem jurídica interna disposições da Directiva n.º 97/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA), e da Directiva n.º 98/10/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial).

Terceira, o serviço universal pode ser prestado por uma ou mais entidades, quer distinguindo as prestações que o integram, quer repartindo a sua prestação por zonas geográficas.

Quarta, o regime de preços a adoptar deve garantir a acessibilidade do serviço universal de telecomunicações, sendo estabelecido mediante convenção a celebrar entre a administração central, representada pela Direcção-Geral de Comércio e Concorrência, o Instituto das Comunicações de Portugal e o prestador ou prestadores do serviço universal.

Quinta, é criado o fundo de compensação do serviço universal de telecomunicações como mecanismo de repartição dos custos líquidos da prestação daquele serviço, quando existentes.

Sexta, importa, ainda, o regime do serviço universal é conciliado com o decorrente das bases da concessão do serviço público de telecomunicações¹. Para o efeito, ficou inicialmente designada como prestador do serviço universal de telecomunicações a Portugal Telecom, S. A. Os restantes serviços prestados pela concessionária mantiveram-se como prestações obrigatórias, não podendo, no entanto, ser financiadas nos termos previstos neste Regime. Igual princípio se aplica a outras prestações que o Estado entenda deverem integrar o serviço universal de telecomunicações.

§2. Contratos de Exploração das Redes Públicas de Telecomunicações e dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público

2.1. Aspectos Gerais. O Regime de Acesso à Actividade dos Operadores de Redes Públicas de Telecomunicações e dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público² regula os contratos de exploração das redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público (regime de acesso).

Como vimos, a Lei de Bases das Telecomunicações definiu as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações, consagrando genericamente os princípios da liberdade de estabelecimento de redes públicas de telecomunicações e da prestação dos serviços de telecomunicações de uso público, segundo o recente enquadramento deste sector ao nível da União Europeia. Por seu turno, o Regime de Acesso desenvolve os princípios daquela Lei, acolhendo as regras comunitárias relativas, especialmente, às formas de acesso ao mercado das entidades que pretendam prestar serviços de telecomunicações e que estabelecem os correspondentes direitos e obrigações.³

Porém, a fixação definitiva do calendário da liberalização das telecomunicações no nosso país ficou ligada, em larga medida, aos compromissos assumidos pelo Estado perante as instituições comunitárias. Tratou-se de uma liberalização gradual e progressiva, uma vez que, embora o regime tenha sido fixado em finais de 1997 dando a conhecer antecipadamente a todos os operadores

¹ Aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, em desenvolvimento da Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto (Lei de Bases das Telecomunicações).

³ Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, transpõe normas da Directiva n. 96/2/CE, da Comissão, que altera a Directiva n. 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais, da Directiva n. 96/19/CE, da Comissão, que altera a Directiva n. 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações, e da Directiva n. 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações.

económicos as regras da plena liberalização das telecomunicações, esta plena liberalização só começou a produzir efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2000.¹

2.2. Registo e Licença. Ora, nos termos do Regime de Acesso, o exercício da actividade de operador de rede pública de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público está sujeito a licença ou a registo. O princípio geral é o de que a prestação de serviços de telecomunicações está sujeita a mero registo. Porém, sem prejuízo disso, já carecem de licença: a prestação do serviço fixo de telefone (1); o estabelecimento e ou o fornecimento de redes públicas de telecomunicações (2); a atribuição de frequências para o estabelecimento de redes ou para a prestação de serviços (3); a sujeição a obrigações de prestação de serviço universal, de oferta de rede aberta, de interligação ou obrigações que decorram da detenção de uma posição significativa no mercado, de acordo com o que vier a ser fixado em diploma próprio (4). Os actos de registo e a atribuição de licenças competem, em princípio, ao Instituto das Comunicações de Portugal (ICP - ANACOM), que deverá oficiosamente publicá-los.

A obtenção de licença, para além de ser obrigatória em certos casos, impõe sobre as entidades licenciadas determinadas obrigações. Mas, tratar-se-á esta figura de uma forma de contratos de telecomunicações? Por outras palavras, a relação entre o ICP e a entidade licenciada será de qualificar como contrato? As licenças de exploração de redes e serviços de telecomunicações de uso público são relações de direito administrativo, uma vez que a Administração intervém, através do ICP, investida de *ius imperii* ou em condições de desigualdade com o particular no que respeita ao regime legal desta relação², à semelhança do contrato de exploração do serviço universal de telecomunicações.

2.3. Protecção dos Utentes. Depois, as entidades que beneficiem de registo ou de licença devem respeitar as condições definidas pelo Regime de Acesso com relevo contratual. Assim, por exemplo, em ordem à protecção dos utentes (art. 9.º), os contratos celebrados entre a entidade registada e os utentes não podem conter quaisquer disposições que contrariem o Regime de Acesso, e, tratando-se de contratos de adesão, devem os mesmos ser submetidos a aprovação prévia do ICP. Além disso, as entidades registadas estão obrigadas a anunciar e divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, devendo fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta. Em terceiro lugar, o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação, tendo-se por exigido o pagamento com a apresentação de cada factura. Ainda de referir é a obrigação que impende sobre as entidades registadas de informar os utentes acerca dos níveis de qualidade de serviço fornecidos (1) e de anunciar e divulgar quaisquer alterações à forma de prestação dos serviços, nomeadamente alterações de preços e de níveis de qualidade, bem como interrupções, suspensões ou extinção dos serviços (2).

Por seu turno, no que respeita às entidades licenciadas, será de referir, por exemplo, que estas são obrigadas a desenvolver a sua actividade de forma continuada e com níveis de qualidade adequados, devendo garantir a igualdade de acesso aos serviços prestados. De igual modo, os serviços prestados

¹ Cfr. Decreto-Lei n.º 92/99, de 23 de Março (revoga o artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, que regula o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público).

² Vide Afonso R. Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, I, Coimbra 1959, p. 244.

não podem ser suspensos sem pré aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior, e, em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido do motivo da suspensão e informado sobre os meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão. Além do mais, será ainda de referir que as entidades licenciadas, à semelhança das entidades registadas, estão obrigadas a anunciar e divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, devendo fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta; de igual modo, o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação, considerando-se exigido o pagamento com a apresentação de cada factura.

2.4. Redes Privativas. No que respeita particularmente às redes privadas, o regime de estabelecimento e de utilização de redes privadas de telecomunicações¹ firma o princípio da liberdade de estabelecimento e utilização de redes privadas (art. 2.º, 3), dispondo que podem estabelecer e utilizar redes privadas pessoas singulares ou colectivas para suporte de comunicações para uso próprio ou para um número restrito de utilizadores, não envolvendo remuneração ou qualquer exploração comercial.

Não obstante, o estabelecimento destas redes privadas depende apenas de prévia declaração ao Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), devendo para o efeito os interessados apresentar certos elementos, como sejam uma memória justificativa com a clara identificação dos fins a que se destina a rede e o projecto técnico da rede. Tratando-se de redes informáticas esta declaração prévia ao ICP não é sequer exigida.

§3. Contratos de Utilização das Redes Públicas de Telecomunicações

Os contratos de utilização das redes públicas de telecomunicações estão sujeitos ao Regulamento da Exploração de Redes Públicas (RERP)². Com efeito, o art. 18.º deste Regulamento prevê certas regras relativas aos contratos de utilização das redes públicas de telecomunicações.

3.1. Forma e Cláusulas Imperativas. Em primeiro lugar, sob pena de nulidade, estes contratos devem ser reduzidos a escrito e não podem conter quaisquer disposições que contrariem o Regulamento da exploração de redes públicas (1). Por exemplo, salvo nas chamadas situações de emergência ou de força maior, será nula a cláusula contratual que elimine ou reduza o direito que o utilizador tem de ser informado pelo operador da rede com uma antecedência mínima de vinte e quatro horas relativamente a acções de reparação e conservação susceptíveis de perturbar o funcionamento da rede ou dos níveis de qualidade contratados a que o operador proceda; de igual modo, será nula a estipulação que preveja a inexistência de qualquer obrigação a cargo do operador de disponibilizar meios alternativos que assegurem, com o igual nível de qualidade, a continuidade do funcionamento da rede, sempre que tal seja tecnicamente possível³.

¹ Definido pelo Decreto-Lei n.º 290-C/99, de 30 de Julho

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-A/99, de 30 de Julho, que estabelece as condições gerais a que obedece a exploração de redes públicas de telecomunicações no território nacional tendo em vista a oferta de rede aberta, incluindo a oferta de circuitos alugados.

³ A obrigação de informar o utilizador com a referida antecedência e o dever de disponibilizar meios alternativos, tal como previsto no art. 7.º, 4, RERP, não poderão, em princípio, ser derogadas por contrato, sendo nula qualquer disposição em contrário.

Em segundo lugar, é prescrito dever de os contratos de utilização de redes públicas de telecomunicações conterem determinadas cláusulas. A celebração de contratos em violação deste dever constitui, para além de outras sanções, contra-ordenação (art. 33.º-1/f). Trata-se de cláusulas que asseguram os direitos dos utilizadores relativamente a vários aspectos, quais sejam, o acesso às redes públicas de telecomunicações de forma regular e continuada (1), os níveis de qualidade (2), a indicação explícita das facilidades a assegurar pelo operador, sem prejuízo do acesso posterior a outras facilidades (3), os preços aplicáveis (4), a indemnização devida por prejuízos sofridos (5), o montante do reembolso devido em caso de desrespeito dos níveis de qualidade contratados (6), o prazo de duração e condições de renovação (7), e a informação dos direitos conferidos ao utilizador nos termos dos arts. 15.º, 16.º e 17.º do Regulamento (8).

Os direitos referidos neste último grupo de cláusulas, que os contratos de utilização de redes públicas de telecomunicações devem conter de modo a assegurar os direitos dos utilizadores, dizem respeito ao regime das restrições à oferta. Trata-se, por exemplo, dos direitos que aos utilizadores assistem de serem notificados relativamente às restrições à oferta de rede para observância dos requisitos essenciais ou com fundamento no incumprimento, pelos utilizadores, das condições de acesso e de utilização da rede. Outro exemplo é o direito dos utilizadores ao ressarcimento, pelo operador, dos danos que este comprovadamente lhes tenha causado em virtude da recusa, suspensão ou limitação da oferta, bem como o direito ao desconto do valor que, com base na prestação mensal, corresponder à duração da restrição verificada.

Note-se, todavia, que os operadores de redes públicas de telecomunicações podem recusar, suspender ou limitar a oferta de rede apenas em dois tipos de casos. Primeiro, para assegurar a observância dos requisitos essenciais¹. Segundo, com fundamento na violação ou incumprimento, pelos utilizadores, das condições de acesso e de utilização da rede². Fora destes dois tipos de casos, a recusa, suspensão ou limitação da oferta dá lugar ao ressarcimento, pelo operador, dos danos que comprovadamente tenha causado aos utilizadores, sem prejuízo da obrigação de proceder ao desconto do valor que, com base na prestação mensal, corresponder à duração da restrição verificada. Além disso, a pedido de qualquer interessado, o ICP pode analisar os fundamentos invocados pelo operador para a restrição e, após audição das partes, considerar injustificada a recusa, suspensão ou

¹ Os requisitos essenciais são: 1.º a segurança do funcionamento da rede, designadamente em situações de emergência ou de força maior, devendo os operadores, assegurar, porém na medida do possível, a manutenção da oferta de capacidade da rede e promover a imediata notificação ao ICP e informação aos utilizadores do prazo previsível para o restabelecimento da capacidade da rede, bem como da natureza e extensão das eventuais restrições; 2.º a manutenção da integridade da rede e a necessidade de assegurar a interoperabilidade dos serviços, salvo se se mostrarem satisfeitas as condições de acesso relativas aos equipamentos terminais; 3.º a conformidade com os planos de ordenamento do território e respeito de condicionantes inerentes à protecção do ambiente e do património; 4.º a utilização efectiva e eficiente das frequências atribuídas, bem como a necessidade de evitar interferências prejudiciais entre sistemas de radio comunicações e outros sistemas técnicos espaciais ou terrestres; 5.º e, por último, a necessidade de assegurar a observância das normas relativas à protecção de dados e sigilo das comunicações na medida do necessário para garantir a conformidade com as normas relativas à protecção de dados, a confidencialidade das informações transmitidas ou armazenadas e a reserva da vida privada.

Em caso de interrupção, porém, os operadores devem, sobre o preço devido pela oferta de rede, proceder ao desconto do valor correspondente à duração da interrupção. Além disso, salvo nas chamadas situações de emergência ou de força maior, as restrições à oferta de rede para assegurar a observância dos requisitos legais devem ser notificadas ao utilizador afectado, de forma fundamentada e com uma antecedência mínima de vinte e quatro horas, ficando também o operador obrigado a fazer cessar as restrições logo que termine o motivo determinante das mesmas.

² Porém, estas restrições devem ser fundamentadas e notificadas ao utilizador, por carta registada, com aviso de recepção, com uma antecedência mínima de oito dias sobre a data prevista para a sua verificação, excepto as restrições com fundamento em incumprimento das condições de acesso relativas aos equipamentos terminais, as quais devem ser notificadas ao utilizador com uma antecedência mínima de vinte e quatro horas.

limitação da oferta. Em todo o caso, configura uma restrição injustificada a falta das notificações relativas às restrições à oferta de rede para observância dos requisitos essenciais ou com fundamento no incumprimento, pelos utilizadores, das condições de acesso e de utilização da rede.

3.2. Contratos de Adesão. Se os contratos de utilização de redes públicas de telecomunicações forem contratos de adesão, deverão referir a sua aprovação prévia pelo ICP. Um aspecto que interessa considerar aqui tem a ver com a aplicação cumulativa do regime das cláusulas contratuais gerais (e abusivas)¹. Isto é, para além do controlo a que tais contratos estão sujeitos pelo ICP, estarão também sujeitos ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais?

A nosso ver, a resposta deverá ser afirmativa, tanto mais se considerarmos o significado da modificação do art. 3.º por força da primeira alteração deste regime em 1995. Assim, para além do controlo a que estão sujeitos pelo ICP, estes contratos estarão ainda sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais.

3.3. Denúncia e Resolução. O utilizador pode denunciar o contrato, para o termo do prazo ou da sua renovação, mediante simples comunicação escrita ao operador com uma antecedência mínima de 15 dias.

Por outro lado, o contrato pode ser resolvido pelos operadores com fundamento na violação ou incumprimento, pelos utilizadores, das condições de acesso e de utilização da rede. Porém, a resolução deve ser fundamentada e notificada ao utilizador, por carta registada, com aviso de recepção, com uma antecedência mínima de oito dias sobre a data prevista para a sua verificação, excepto a resolução com fundamento em incumprimento das condições de acesso relativas aos equipamentos terminais, a qual deve ser notificadas ao utilizador com uma antecedência mínima de vinte e quatro horas.

3.4. Modificação das Condições Contratuais e Resolução pelo Utilizador. O utilizador tem o direito à resolução do contrato em caso de modificação das condições contratuais, mediante comunicação escrita dirigida ao operador nos 15 dias subsequentes à comunicação de alteração.

Este direito, porém, poderá ser um “presente envenenado”, no sentido de que o silêncio do utilizador significará aceitação da modificação das condições contratuais. Na verdade, por interpretação *a contrario*, parece que o utilizador aceitará a modificação das condições contratuais se não dirigir comunicação de resolução no referido prazo. Além disso, não se exigindo registo da carta, sempre será o utilizador que terá que fazer prova do envio de uma declaração com tal teor.

§4. Contratos de Acesso e Utilização do Serviço Fixo de Telefone

4.1. Generalidades. A prestação do serviço fixo de telefone é regulada pelo Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone² (SFT). O anterior Regulamento (DL 240/97, 18.8) consagrava já princípios fundamentais de protecção dos direitos dos utilizadores do serviço, nomeadamente no que se refere à informação, à igualdade e lealdade na contratação, à existência de

¹ Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95, de 31 de Janeiro (com a redacção da Declaração de rectificação n.º 114-B/95), e n.º 249/99, de 31 de Julho. As alterações destinam-se, nomeadamente, a transpor a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro, alterado pela Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto.

cláusulas contratuais obrigatórias, à enumeração taxativa das restrições à oferta do serviço e à possibilidade de recurso a uma entidade independente - o Instituto das Comunicações de Portugal - em sede de resolução de conflitos entre o utilizador ou assinante e o operador concessionário do serviço público de telecomunicações.

No novo regime concorrencial mantêm-se os direitos dos utilizadores e consumidores, sendo inclusivamente reforçados com a atribuição de capacidade de intervenção às associações de consumidores na apreciação dos termos e condições de prestação do SFT. Além disso, o novo regime aplica-se aos prestadores de SFT e aos operadores de redes telefónicas fixas, licenciados para o efeito nos termos do DL 381-A/97, bem como à concessionária do serviço público de telecomunicações. É de salientar, a este propósito, a identificação de obrigações especificamente aplicáveis a operadores de redes telefónicas fixas e ao prestador de serviço universal, bem como a introdução da noção de «entidade com poder de mercado significativo» no mercado das redes telefónicas fixas e do SFT, com obrigações específicas inerentes a tal qualificação. Trata-se, particularmente, dos chamados acordos de acesso especial às redes telefónicas fixas.

São, portanto, dois os tipos de contratos previstos e regulados neste Regulamento. Por um lado, os contratos de acesso e utilização do serviço fixo de telefone. Por outro lado, os acordos de acesso especial às redes telefónicas fixas. Analisaremos, em primeiro lugar, os contratos de acesso e utilização do serviço fixo telefónico. Os acordos de acesso especial às redes telefónicas fixas serão objecto de tratamento autónomo no § seguinte, embora colham o seu regime também neste Regulamento.

4.2. Noção. Os contratos de acesso e utilização do serviço público do telefone são os contratos celebrados entre o assinante e um prestador de SFT para o acesso e utilização do SFT. Por serviço fixo de telefone (SFT) entende-se a oferta, ao público em geral, do transporte directo da voz, em tempo real, em locais fixos, permitindo a qualquer utilizador, através de equipamento ligado a um ponto terminal da rede, comunicar com outro ponto terminal. Por seu turno, assinante é, nos termos do Regulamento, a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato celebrado com um prestador de SFT para o acesso e utilização do SFT (art. 2.º, a/b).

4.3. Formação do Contrato: Pedido e Instalação do Serviço. Ora, para ter acesso e poder utilizar o serviço fixo de telefone o interessado dirige um pedido ao prestador de STF. Em face do pedido de acesso e utilização do serviço fixo de telefone os prestadores não podem exigir a liquidação de quaisquer quantias inerentes à prestação do serviço, e devem informar os requerentes da data previsível de satisfação dos respectivos pedidos. Além disso, nos processos de atribuição de números individuais e ou de séries de números, os prestadores estão obrigados a actuar segundo os princípios da transparência, da equidade, da eficácia, da objectividade e da não discriminação (art. 14.º).

Por outro lado, os requerentes têm *direito à anulação dos pedidos* de acesso e utilização do SFT sem pagamento de qualquer encargo, embora tratando-se de pedido de anulação total ou parcial de requisições em curso de execução de instalação exterior, tal pedido implicará o pagamento de eventuais custos, devidamente justificados, decorrentes de trabalhos realizados inerentes à satisfação do pedido até ao limite do valor devido pela instalação ou por trabalhos especiais, quando efectuados (art. 15.º).

Depois, em ordem à satisfação do pedido, os prestadores do SFT estão obrigados a instalar o serviço na data e período de tempo com intervalo previamente acordado com o requerente. Se os prestadores de SFT não cumprirem a obrigação de instalação do serviço, o requerente poderá exigir a redução do montante correspondente ao preço de instalação em 50%. Todavia, se os prestadores de SFT, por impossibilidade de acesso ao local de instalação imputável ao requerente, forem impedidos de instalar o serviço na data e período de tempo com intervalo previamente acordado com o requerente, poderão então exigir uma sobretaxa correspondente a 50% do valor do preço de instalação (art. 16.º).

4.4. Forma e Conteúdo. Na data da satisfação do pedido de utilização do serviço, que corresponderá à instalação do serviço, é celebrado um contrato de prestação de STF entre o prestador e o assinante, o qual deverá revestir a forma escrita. Para além desta exigência de forma, o Regulamento prescreve ainda determinadas exigências quanto ao conteúdo, que se consubstanciam no dever de constarem dos contratos cláusulas relativas a determinados aspectos bem como assim a certos elementos, que analisaremos. A sanção prevista para as cláusulas dos contratos de prestação do SFT que não contenham qualquer daquelas cláusulas ou destes elementos é a nulidade; sanção esta aplicável, de igual modo, às cláusulas dos contratos de prestação do SFT que contenham quaisquer disposições que contrariem o disposto no Regulamento STF (arts. 17.º e 18.º).

4.4.1. Cláusulas Imperativas de Protecção dos Utilizadores. Assim, por um lado, o Regulamento prescreve o dever de constarem dos contratos, entre outras, determinadas cláusulas destinadas a assegurar os direitos dos utilizadores em diversos aspectos, quais sejam: o acesso ao SFT de forma continuada e com níveis de qualidade adequados (1); a indicação explícita do serviço e facilidades a assegurar pelos prestadores de SFT, sem prejuízo da possibilidade de acesso posterior a outras facilidades (2); os preços aplicáveis (3); a indemnização devida por prejuízos sofridos (4); o conhecimento das situações de cessação, suspensão ou de limitação da oferta do serviço, salvo quando determinadas por motivo imperioso ou causa de força maior e como tal não sejam imputáveis aos prestadores (5); o montante do reembolso devido em caso de desrespeito pelos níveis de qualidade de serviço especialmente contratados, quando aplicável (6); e os procedimentos de resolução de litígios (7).

4.4.2. Outros Elementos de Inclusão Obrigatória. Por outro lado, é prescrito o dever de constarem dos contratos determinados elementos, quais sejam: o regime e forma de prestação de garantias nos termos do DL 195/99 de 8 de Junho, aplicável por remissão do art. 27.º do Regulamento (1); a indicação expressa da vontade do assinante sobre a inclusão ou não dos respectivos elementos pessoais nas listas telefónicas e sua divulgação através dos serviços informativos, envolvendo ou não a sua transmissão a terceiros para igual fim ou diverso (2); a manifestação expressa da vontade do assinante sobre a utilização, ou não, de equipamento terminal a disponibilizar pelos prestadores para acesso ao SFT (3); a manifestação expressa da vontade do assinante sobre o acesso, ou não, aos serviços de audiotexto, de modo selectivo (4); a menção de que o contrato, sendo de adesão, foi aprovado pelo ICP (5).

Este último elemento é particularmente relevante, uma vez que, tratando-se de contratos de adesão, os prestadores de SFT devem enviar os respectivos projectos ao ICP, para efeitos de aprovação, a qual deve ser precedida de audição do Instituto do Consumidor. Quando o assinante não

se limite a aderir às cláusulas contratuais pré dispostas e elaborados pelo prestador de STF e exista desacordo entre o prestador de SFT e o requerente, no âmbito de processo de negociação de cláusulas especiais, qualquer das partes poderá solicitar ao ICP que profira uma decisão, a qual é recorrível para os tribunais administrativos nos termos gerais¹.

4.5. Intransmissibilidade da Posição Contratual e Transferência de Titularidade. O Regulamento prescreve a intransmissibilidade da posição contratual (art. 20.º), dispondo que o contrato é pessoal, não podendo haver transmissão de direitos ou obrigações a terceiros. Exceptuam-se, porém, os casos de transferência da titularidade do contrato, nos quais todavia o novo assinante não pode ser responsabilizado por eventuais débitos ou outros encargos resultantes das relações contratuais anteriormente estabelecidas entre o assinante e o prestador de SFT (art. 22.º).

Por outro lado, é consagrada a gratuidade da alteração do nome (art. 23.º), dispondo-se que a alteração de nome, firma ou denominação social do titular do contrato ou da sua designação, para efeitos de lista telefónica e ou serviço informativo, é gratuita. E, no caso de mudança do titular do contrato de prestação do SFT que ocorra entre cônjuges, seja qual for o regime de bens do casamento, considera-se tal mudança alteração de nome, sem prejuízo da responsabilidade do novo titular por eventuais débitos.

4.6. Suspensão e Extinção do Contrato. É prevista a possibilidade de suspensão do contrato a pedido do assinante (art. 24.º). Com efeito, o contrato pode ser suspenso a pedido do assinante, suspendendo-se a obrigação de pagamento do preço da assinatura, quando existente, por período de até quatro meses em cada ano civil, salvo se o assinante se ausentar em consequência de comissão de serviço civil ou militar ou contrato de trabalho, caso em que o período de suspensão é correspondente à duração da ausência.

Em matéria de extinção do contrato, são várias as formas previstas (art. 25.º). A primeira é a caducidade, dispondo-se que o contrato de prestação do serviço telefónico caduca seja findo o prazo convencionado nos contratos com prazo certo não renovável (1), seja por morte do assinante ou extinção de pessoa colectiva, desde que esses factos sejam comunicados ao prestador de SFT e salvo os casos de alteração contratual (2). A segunda causa de extinção é a denúncia por parte do assinante, uma vez que o contrato pode ser denunciado pelo assinante, para o fim do prazo ou da sua renovação, mediante simples comunicação escrita ao prestador de SFT com 15 dias de antecedência. A terceira causa de extinção é a resolução, dispondo-se que em caso de inobservância grave ou reiterada das condições de acesso e de utilização pelo assinante, o prestador de SFT pode rescindir o contrato mediante notificação ao assinante com a antecedência mínima de oito dias, através de carta registada com aviso de recepção e sem prejuízo de eventual responsabilidade do assinante².

¹ De referir, ainda, que é atribuído ao ICP o poder de proceder à alteração de cláusulas contratuais (art. 19.º), uma vez que, por sua iniciativa ou a pedido de uma associação de consumidores de âmbito nacional e interesse genérico ou de interesse específico no âmbito dos serviços de telecomunicações, o ICP pode exigir a alteração de cláusulas contratuais, que versem sobre matéria constante do presente Regulamento, para defesa dos direitos dos utilizadores e ou assinantes.

² Nestes casos porém, o ICP pode, a pedido do assinante, analisar os fundamentos invocados pelo prestador de SFT para a rescisão do contrato e, após audição das partes, considerar a mesma injustificada para efeitos de o prestador do STF ser obrigado a ressarcir os danos que comprovadamente tenha causado aos utilizadores para além da obrigação de proceder ao desconto do valor que, com base na prestação mensal, corresponder à duração da restrição verificada, nos termos do art. 10.º, 4.

4.7. Prestação de Garantias e Responsabilidade pela Utilização do Serviço Público de Telefone. No que respeita à prestação de garantias, o art. 27.º dispõe que é aplicável aos contratos de serviço fixo de telefone o regime de prestação de garantias fixado no Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho. A seu tempo analisaremos este regime a propósito das normas de protecção do consumidor do serviço telefónico como serviço público essencial.

Para além de outros aspectos regulados pelo Regulamento, interessa considerar uma disposição com relevo no domínio dos contratos de acesso e utilização do STF. Trata-se da regra relativa à utilização do serviço público do telefone, nos termos da qual a utilização do SFT por terceiros, com ou sem autorização do assinante, presume-se efectuada por este último para todos os efeitos contratuais e legais. Por outras palavras, o assinante do STF será responsável, em princípio, por toda e qualquer utilização que se faça do seu serviço (art. 28.º, 3).

4.8. Desmontagem da Instalação. Uma vez extinto o contrato, o prestador do serviço tem direito à desmontagem da instalação (art. 26.º). Nesse sentido, o Regulamento dispõe que após a extinção do contrato, o assinante obriga-se a facultar o acesso para desmontagem do equipamento e do material propriedade do prestador de SFT no prazo de 30 dias.

Para o efeito, o prestador de SFT deverá acordar com o assinante a data e o período de tempo para a realização dos respectivos trabalhos com uma antecedência mínima de quarenta e oito horas. Só por si, este prazo não será insuficiente. Todavia, acrescenta-se que, se, por motivos imputáveis ao assinante, se verificar a impossibilidade de desmontagem neste prazo, o prestador de SFT considerará a desmontagem como efectuada, ficando o assinante responsável pelo pagamento do valor de substituição do equipamento e material instalado.

O problema estará em saber o que se entende por motivos imputáveis ao assinante. Se se adoptar uma concepção ampla desta fórmula, então talvez o prazo de vinte e quatro horas não seja suficiente. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para o próprio prestador, uma vez que se a impossibilidade de desmontagem no mesmo prazo se dever a motivo imputável ao prestador de SFT, este será responsável, nos termos gerais, pelos prejuízos causados. Deveria intervir aqui um critério de razoabilidade na definição da fórmula “motivo imputável”.

Depois, em todo o caso, enquanto não for efectuada a desmontagem da instalação, o prestador de SFT pode autorizar a celebração de um novo contrato, desde que não existam inconvenientes de exploração e o assinante assegure o pagamento de eventuais débitos ou encargos existentes.

§5. Acordos de Acesso Especial às Redes Telefónicas Fixas

5.1. Obrigação Legal de Prestar Acesso. O Regulamento do Serviço Telefónico Fixo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro, regula também os chamados acordos de acesso especial às redes telefónicas fixas (art. 33.º).

Trata-se, fundamentalmente, de obrigar os operadores de redes telefónicas fixas com poder de mercado significativo a satisfazer todos os pedidos razoáveis, por parte de prestadores de serviços de telecomunicações de uso público, de acesso às redes telefónicas fixas em pontos de terminação diferentes dos normalmente oferecidos, mediante condições não discriminatórias, equitativas e razoáveis a acordar entre as partes. Para o efeito, presume-se que dispõem de um poder de mercado significativo as entidades que detenham uma quota igual ou superior a 25% do mercado relevante de redes telefónicas fixas e ou de SFT na área geográfica em que se encontram habilitadas para exercer a sua actividade (art. 3.º, 2).

No cumprimento da obrigação de satisfazer todos os pedidos razoáveis, os operadores devem oferecer condições semelhantes a todas as entidades que prestem serviços similares e que se encontrem em igualdade de situação, designadamente prestar informações e oferecer facilidades especiais de acesso à rede com a mesma qualidade que as proporcionadas aos seus próprios serviços, empresas subsidiárias ou associadas.

5.2. Condições de Recusa de Acesso e Intervenção do ICP. Os operadores apenas podem recusar um pedido de acesso especial à rede, em casos concretos, com fundamento na existência de alternativas técnica e economicamente viáveis ao acesso especial requerido e na incompatibilidade deste com os recursos disponíveis para satisfazer o pedido. Além disso, sempre que o operador, após a análise do pedido de acesso especial à rede, preveja uma recusa do mesmo, deve comunicá-lo de imediato ao requerente, por forma que este possa submeter a questão à apreciação prévia do ICP antes de o operador solicitado tomar uma decisão que restrinja ou recuse o acesso pretendido.

Por outro lado, o Regulamento atribui ao ICP o poder de, por iniciativa própria e a qualquer momento, e, a pedido de qualquer das partes, intervir na celebração dos acordos de acesso especial às redes quando tal se justifique para garantir uma efectiva concorrência e ou a interoperabilidade dos serviços, seja para determinar condições não discriminatórias, equitativas e razoáveis e que sejam as mais vantajosas para todos os utilizadores (1), seja para fixar um prazo para a conclusão das negociações (2).

5.3. Conteúdo dos Acordos e Dever de Informação. Além do mais, os acordos de acesso especial às redes telefónicas fixas devem não apenas incluir disposições de carácter técnico e comercial, mas também estabelecer um prazo de execução atempado e eficiente, e ainda ser conformes às normas aplicáveis e cumprir os requisitos essenciais, bem como assegurar a manutenção da qualidade extremo a extremo. Depois, sempre que tal se justifique, os operadores de redes telefónicas fixas com poder de mercado significativo podem exigir ao requerente o pagamento das despesas inerentes à satisfação do respectivo pedido de acesso especial à rede, com respeito pelo princípio da orientação para os custos.

Para terminar, as entidades que celebrem acordos de acesso especial à rede ficam obrigadas a fornecer ao ICP todas as informações que este lhes solicite sobre os referidos acordos. O ICP poderá divulgar estas informações, quando justificado, devendo respeitar, todavia, a confidencialidade comercial das mesmas, mediante indicação fundamentada das partes.

§6. Contratos de Adesão para a Prestação de Serviços Telefónicos Móveis

Os contratos de adesão para a prestação de serviços telefónicos móveis são objecto de um regime especial previsto no art. 9.º do Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público¹ (STUP).

6.1. Forma e Conteúdo. Para começar, é prescrito uma exigência de forma para os contratos de adesão para a prestação de serviços telefónicos móveis. Tais contratos, dispõe o art. 5.º, 1, “são obrigatoriamente reduzidos a escrito”.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-B/99, de 30 de Julho.

Além disso, devem explicitar determinadas informações que também exigidas para as condições de oferta (art. 5.º, 2). Trata-se de informações relativas às condições de acesso e de utilização do serviço (1), às facilidades de serviço — devendo os prestadores de serviços indicar, nomeadamente, as condições relativas aos equipamentos, garantias, prazos de ligação ao serviço e de reparação, níveis de qualidade, serviços de assistência, bem como as restrições ao acesso e utilização do serviço — (2), aos períodos contratuais mínimos e condições de renovação dos contratos (3), aos procedimentos em caso de não pagamento de facturas (4), aos preços aplicáveis (5), e às zonas de cobertura dos serviços prestados (6).

Por outro lado, é ainda prescrita a obrigação de constarem dos contratos de adesão vários tipos de elementos, quais sejam: o tempo necessário para ligação ao serviço (1), tipos de serviço de manutenção oferecidos (2), níveis de qualidade dos serviços oferecidos (3), processo de resolução de conflitos, quando existente (4), sistemas de indemnização ou reembolso dos assinantes em caso de incumprimento do serviço ou desrespeito dos níveis de qualidade contratados (5), regime e forma de prestação de garantias quando as mesmas sejam exigidas para a prestação do serviço (6), indicação expressa da vontade do utilizador sobre a inclusão ou não dos respectivos elementos pessoais nas listas de utilizadores e a sua divulgação através de serviços informativos, envolvendo ou não a sua transmissão a terceiros (6), e, ainda, menção da aprovação do ICP (7).

6.2. Conservação e Responsabilidade pelo Material. Nos contratos de exploração dos serviços de telecomunicações de uso público dever-se-á ainda atender ao facto de os utilizadores deverem permitir que o pessoal ao serviço do prestador de serviços, devidamente identificado, tenha acesso aos locais em que os materiais e equipamentos a reparar estejam instalados, desde que previamente notificados da deslocação prevista e acordada.

Além disso, o utilizador é responsável pelo material e equipamento propriedade do prestador de serviço e está obrigado a indemnizá-lo pelos prejuízos sofridos no caso de extravio, de danos não resultantes de utilização normal e de trabalhos de modificação da instalação que não hajam sido previamente autorizados.

§7. O Contrato de Prestação de Serviço de Telefone como Serviço Público Essencial

O utilizador do serviço público de telefone é protegido pelo regime dos serviços públicos essenciais¹. Este regime limita a liberdade contratual das partes, na medida em que deverá ser respeitado pelas cláusulas inseridas nos contratos de prestação de serviço de telefone. Assim, este regime especial de protecção reforça e acresce às normas de protecção dos utilizadores dos serviços de telefone contempladas nos referidos Regulamentos.

7.1. Natureza Injuntiva do Regime de Protecção do Utente. O contrato de prestação de serviço de telefone está sujeito ao regime da prestação de serviços públicos essenciais. Este regime cria alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (a água, a energia eléctrica, o gás e o telefone). Os direitos atribuídos aos utentes por esta Lei revestem natureza injuntiva (art. 11.º), sendo nula qualquer convenção ou disposição que os exclua ou limite. Trata-se

¹ Aprovado pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho: cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (água, energia eléctrica, gás, telefone). Sobre este regime *vide* A. Pinto Monteiro, AJURIS 1998, p. 220.

de uma nulidade atípica, em razão de apenas poder ser invocada pelo utente, o qual poderá ainda optar pela manutenção do contrato em caso de nulidade de alguma das suas cláusulas.

Este regime é pré ordenado à protecção do utente destes serviços, atribuindo-lhe determinados direitos, como o direito à informação (art. 4.º, 2), à continuidade do serviço (art. 5.º) e à sua prestação segundo padrões de qualidade (art. 7.º), o direito de não estar sujeito a consumos mínimos (art. 8.º) e o direito à facturação (art. 9.º). Em seu favor jogará ainda o regime especial da prescrição e caducidade do pagamento (art. 10.º), para além da ressalva das disposições legais que, em concreto, se lhe mostrem mais favoráveis.

7.2. Direitos do Utilizador do Serviço de Telefone como Utente de Serviço Público Essencial.

Analisando este regime mais em pormenor, para começar, sobre o prestador do serviço de telefone, enquanto operador de serviços de telecomunicações, impende o dever de informar regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestador, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede móvel.

Depois, quanto à suspensão, a prestação do serviço não pode suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior. Em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de oito dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar¹. Acresce que a prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

Por outro lado, no que respeita aos padrões de qualidade, a prestação do serviço de telefone deverá obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões.

Além do mais, a imposição e a cobrança de consumos mínimos são proibidas e o utente tem direito a uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta, devendo traduzir, a pedido do interessado, com o maior pormenor possível os serviços prestados, sem prejuízo de o prestador do serviço dever adoptar medidas técnicas adequadas à salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações².

Para terminar, o regime da protecção do utente de serviços públicos essenciais estabelece a prescrição do direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado no prazo de seis meses após a sua prestação; e, no caso de ter sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado em virtude de erro do prestador do serviço, o direito ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento.

7.3. Protecção do consumidor do serviço telefónico como serviço público essencial (gratuidade da facturação detalhada e prestação de caução). Em ordem à protecção do consumidor do serviço público de telefone, o regime dos serviços públicos essenciais foi complementado pelo Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro, que estabelece a gratuidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone, e pelo Decreto-

¹ A advertência de suspensão, para além de justificar o seu motivo, deverá informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo dos seus direitos nos termos gerais.

² O Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro, acrescentou, posteriormente, a gratuidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone, como veremos.

Lei n.º 195/99, de 8 de Junho, que estabelece o regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais.

7.3.1. Gratuitidade da facturação detalhada. O primeiro diploma¹ veio acrescentar a gratuitidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone. Estabelece que a facturação detalhada do serviço telefónico é fornecida sem qualquer encargo quando o utente do serviço telefónico for uma pessoa singular considerada consumidor nos termos da Lei do Consumidor², sempre que uma factura não detalhada seja objecto de reclamação ou mediante pedido escrito do utente, válido pelo período de um ano. Acrescenta ainda que a facturação detalhada deve identificar cada chamada e o respectivo custo. Trata-se de um desenvolvimento ao direito de controlar a facturação correspondente à utilização dos serviços de telecomunicações prestados em termos de serviço universal, garantido pela Lei de Bases das Telecomunicações (art. 17.º, 4).

Na interpretação destas regras deve-se atender ao regime da protecção da privacidade nas telecomunicações³, cujo art. 7.º dispõe que o assinante, quer seja ou não um consumidor, tem o direito de receber facturas detalhadas ou não detalhadas e que, no caso de ter optado pela facturação detalhada, o assinante tem o direito de exigir do operador a supressão dos últimos quatro dígitos. Trata-se, igualmente, de um desenvolvimento da Lei de Bases das Telecomunicações (art. 17.º, 2).

7.3.2. Prestação de Caução. Por outro lado, o segundo diploma⁴, remetendo para a mesma definição de consumidor, regula a exigência contratual de prestação de caução. Proíbe-a, sob qualquer forma ou denominação, se estipulada para garantir o cumprimento de obrigações decorrentes dos contratos de serviços públicos essenciais (art. 1.º). Mais acrescenta que os prestadores destes serviços, incluindo o telefónico, só podem exigir a prestação de caução nas situações de restabelecimento do fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor (art. 2.º)⁵.

§8. Contratos de Serviços de Suporte à Prestação dos Serviços de Audiotexto

¹ Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro.

² Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, art. 2.º, 1: considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

³ Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro. Este regime protege a privacidade do assinante (abrangendo qualquer pessoa ou colectiva) nos contratos de serviços de telecomunicações acessíveis ao público, impondo certas obrigações aos prestadores de serviços de telecomunicações, que se traduzem negativamente na atribuição de direitos aos assinantes partes desses contratos. Essas obrigações consistem, nomeadamente, na prestação de informação sobre o risco de violação da rede (art. 4.º, 3), em restrições à conservação de dados de tráfego (art. 6.º), à prestação de facturação detalhada (art. 7.º), e à apresentação e restrição da identificação da linha chamadora e da linha conectada (arts. 8.º e 9.º) e, ainda, relativamente às listas de assinantes (art. 11.º) e chamadas não solicitadas (art. 12.º). Assim, por exemplo, o assinante terá o direito de, a seu pedido e gratuitamente, não figurar em determinada lista, impressa ou electrónica, e de se opor a que os seus dados pessoais sejam utilizados para fins de marketing directo. Relativamente às chamadas não solicitadas, refira-se, em especial, que são reguladas as acções de marketing directo com utilização de aparelhos de chamada automáticos ou de aparelhos de fax, dispondo-se que estas acções carecem do consentimento prévio do assinante chamado, quer se trate de pessoa singular ou de pessoa colectiva; porém, se essas acções de marketing directo se realizarem por meios diferentes dos referidos, então o assinante tem o direito de se opor, gratuitamente, a receber chamadas não solicitadas para esses fins.

⁴ Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho.

⁵ A caução, admitida apenas nestes termos, poderá ser prestada em numerário, cheque ou transferência electrónica ou através de garantia bancária ou seguro-caução.

8.1. Noção. Nos termos do regime da prestação de serviços de audiotexto¹, trata-se de serviços que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados. Ou, nos termos do conceito legal, são serviços de audiotexto os que se suportam no serviço fixo de telefone ou em serviços telefónicos móveis e que são destes diferenciáveis em razão do seu conteúdo e natureza específicos (art. 2.º).

A especial natureza de que se revestem estes serviços levou o legislador a fixar um regime autónomo e diferenciado do previsto para os serviços de telecomunicações de uso público, que lhes servem de suporte. O regime da prestação de serviços de audiotexto visa, nomeadamente, tornar mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor, através da criação de novos indicativos de acesso (1), da facturação discriminada (2), da possibilidade de barramento do acesso a estes serviços (3), da indicação prévia do custo dos serviços (4) e da indicação, através de sinal sonoro, da cadência por cada minuto de comunicação (5).

A prestação de serviços de audiotexto será uma das modalidades de contratos de telecomunicações quanto ao meio de execução do contrato, pois que estes serviços de audiotexto são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados. Não obstante — *et pour cause* —, a prestação dos serviços de audiotexto pressupõe uma relação contratual com um prestador de serviços de telecomunicações de uso público endereçadas, que lhes sirva de suporte. Esta relação contratual, por seu turno, será um contrato de telecomunicações quanto ao objecto *stricto sensu*.

8.2. Forma e Conteúdo. O regime da prestação dos serviços de audiotexto estabelece também regras para as relações dos prestadores de serviços de audiotexto com os prestadores de serviços de suporte (art. 7.º).

Assim, por um lado, os contratos entre os prestadores de serviços de audiotexto e os prestadores de serviços de suporte são obrigatoriamente reduzidos a escrito.

Por outro lado, destes contratos deverão constar, designadamente: a identificação das partes contratantes (1); a indicação do número de registo e do indicativo de acesso atribuído pelo ICP (2); a descrição detalhada do serviço a prestar como tal declarada ao ICP (3); um termo de responsabilidade da utilização dos serviços de suporte para a oferta de serviços de acordo com aquela descrição detalhada (4); o modo da respectiva facturação, bem como as regras relevantes para o acerto de contas entre as partes contratantes (5); e as regras aplicáveis em caso de não pagamento pelos seus clientes das importâncias correspondentes aos serviços que prestam, quando a cobrança seja assumida pelo prestador do serviço de telecomunicações em que se suporta (6).

Ainda de referir que, se por estipulação contratual couber ao prestador do serviço de telecomunicações proceder à facturação e cobrança de importâncias correspondentes à prestação de serviços de audiotexto, devem as mesmas ser devidamente autonomizadas. Além disso, a recente alteração deste regime consagrou o dever de os prestadores de serviços de suporte garantirem, como regra, o barramento, sem quaisquer encargos, do acesso aos serviços de audiotexto, o qual só poderá ser activado, genérica ou selectivamente após requerimento expresso efectuado nesse sentido pelos respectivos clientes (art. 10.º, 1)².

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, alterado pela Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto.

² Ficam, todavia excluídos deste regime os serviços de audiotexto designados «serviços de audiotexto de televoto», cujo acesso é automaticamente facultado ao utilizador a partir do momento da entrada em vigor do contrato celebrado entre este e o prestador de serviço de suporte.

§9. Contratos de Exploração das Redes de Distribuição por Cabo

A exploração das redes de distribuição por cabo pode ser objecto de diversos contratos, quais sejam: a distribuição de emissões de radiodifusão sonora e de televisão próprias e de terceiros, codificadas ou não (1); os serviços de natureza endereçada acessíveis mediante solicitação individual (tais como os serviços da Internet e de *video-on-demand*) ou disponibilizados mediante acto de adesão (2); os serviços de transmissão de dados (3); e a oferta de capacidade de transmissão a terceiros (4).

9.1. Noção e Modalidades. O regime de acesso e de exercício da actividade de operador de rede de distribuição por cabo para uso público no território nacional¹ fixa, entre, outras medidas, as condições da oferta dos serviços interactivos e de capacidade das redes de distribuição para a prestação de outros serviços de telecomunicações, com excepção do serviço fixo de telefone. Em harmonia com a política comunitária de liberalização do mercado de serviços, o legislador decidiu permitir que as redes de distribuição por cabo sirvam não apenas como suporte à transmissão de emissões de rádio e de televisão, próprias ou alheias, mas também à prestação de outros serviços de diferente natureza.

Neste contexto, o Regime autoriza os operadores de distribuição por cabo a oferta, suportada nas respectivas redes, quer de serviços interactivos, de natureza endereçada, quer da possibilidade de ligações bidireccionais para transmissão de dados, bem como ainda locar a terceiros a capacidade de transmissão da sua rede para a prestação de outros serviços de telecomunicações. Relativamente aos serviços interactivos, faz-se a distinção entre os de natureza endereçada e que são acessíveis mediante solicitação individual, tais como os serviços da Internet e de vídeo-a-pedido (*video-on-demand*), de outros serviços disponibilizados mediante acto de adesão.

Em conformidade com este entendimento, a actividade de operador de rede de distribuição por cabo é definida em termos amplos (art. 1.º, 2), no sentido de envolver a instalação e a exploração da correspondente infra-estrutura para a transmissão e retransmissão de informação, incluindo, nomeadamente: a distribuição de emissões de radiodifusão sonora e de televisão próprias e de terceiros, codificadas ou não (1), a prestação de serviços de natureza endereçada (2), de serviços de transmissão de dados (3) e a oferta de capacidade de transmissão a terceiros (4).²

Assim, para além da distribuição de emissões de radiodifusão sonora e de televisão próprias e de terceiros, codificadas ou não, ao operador de rede de distribuição por cabo é permitida a transmissão de serviços de natureza endereçada, quer os acessíveis por solicitação individual, quer mediante acto de adesão, funcionalmente associados e adequados ao objecto das transmissões de televisão e de radiodifusão sonora e desde que exclusivamente suportados na respectiva rede (art. 9.º).

Além disso, o operador de rede de distribuição por cabo pode oferecer ligações bidireccionais para transmissão de dados — devendo para o efeito requerer a respectiva licença³ —, e pode locar a

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro.

² Por rede de distribuição por cabo entende-se as infra-estruturas de telecomunicações essencialmente afectas a telecomunicações de difusão que facultam a transmissão ou retransmissão de imagens não permanentes e sons, através de cabo co-axial, fibra óptica ou outro meio físico equivalente, para um ou vários pontos de recepção, com ou sem endereçamento e com ou sem codificação da informação (art. 2.º/f).

³ Nos termos do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, que regula o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público em desenvolvimento da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto (Lei de Bases das Telecomunicações), e transpõe para o direito interno

terceiros a capacidade de transmissão da respectiva rede de distribuição por cabo para a prestação de serviços de telecomunicações, tendo o direito, para o efeito, de interligar a respectiva rede com a rede básica de telecomunicações. Deve, porém, implantar um sistema de contabilidade analítica que permita a adequada separação entre os custos e as receitas associados à actividade de distribuição por cabo e a oferta da capacidade de transmissão da sua rede para a prestação de outros serviços de telecomunicações¹, em caso de participação, directa ou indirecta, do operador do serviço público de telecomunicações no capital do operador de rede de distribuição por cabo (art. 10.º).

Para o exercício da sua actividade, os operadores de rede de distribuição por cabo necessitam de rede de transporte de sinais ou, então, de acesso a infra-estruturas de telecomunicações. O Regime (art. 13.º) possibilita-lhes a instalação dos seus próprios meios de comunicação via satélite; e, além disso, garante-lhes a contratação com operadores devidamente licenciados para o efeito o transporte do respectivo sinal entre um ponto externo à respectiva rede e os centros de distribuição da mesma, dispondo que o acesso a condutas para a instalação de redes de distribuição por cabo obedecerá a condições de plena igualdade.

9.2. Conteúdo Imperativo de Protecção dos Utentes da Distribuição por Cabo. Interessa considerar, particularmente, os contratos que os operadores de rede de distribuição por cabo celebram com os utentes dos seus serviços. Com efeito, o Regime prescreve determinadas regras (art. 17.º), dispondo, desde logo, que os contratos a estabelecer entre o operador de rede de distribuição por cabo e o utente do serviço por aquele prestado não podem conter quaisquer cláusulas que contrariem o disposto no Regime. Assim, sendo obrigação dos operadores, nomeadamente, garantir um serviço de qualidade e dotado de continuidade (art. 16.º-2/f/h), será contrária ao Regime a cláusula pela qual o operador exclua tal garantia de qualidade e continuidade do serviço.

Para além desta regra geral de conformidade ao disposto no Regime, é ainda prescrita a obrigatoriedade de os contratos incluírem determinadas cláusulas destinadas a assegurar os direitos dos utentes em diversos pontos. Trata-se de cláusulas relativas, nomeadamente: (1) ao conhecimento, com a antecedência mínima a estipular, das situações de suspensão, interrupção ou extinção do serviço prestado, salvo quando sejam determinadas por caso de força maior e como tal não sejam imputáveis ao operador; (2) à informação das tabelas de preços a cobrar; (3) ao conhecimento das condições de acesso e de instalação do serviço; (4) ao uso do serviço com níveis de qualidade adequados.

Além do mais, tratando-se de contratos de adesão, sobre o operador impende o dever de enviar cópia dos respectivos projectos ao ICP e ao Instituto do Consumidor. Estas entidades apurarão da conformidade dos contratos de adesão ao Regime, cabendo ainda ao Instituto do Consumidor velar pela sua conformidade à Lei do Consumidor² e, por via desta, ao regime das cláusulas contratuais gerais.

as Directivas 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, revogando, *inter alia*, o Decreto-Lei n.º 346/90, de 3 de Novembro (art. 39.º).

¹ Todavia, o operador de rede de distribuição por cabo não pode utilizar ou locar a capacidade da respectiva rede para a prestação do serviço fixo de telefone.

² Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (artigo 9.º - Direito à protecção dos interesses económicos: 1 - O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. 2 - Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as

§10. Contratos de Transporte e Difusão do Sinal Televisivo

10.1. Televisão e Telecomunicações. Nos termos da Lei da Televisão¹, o estabelecimento, gestão e exploração de redes de transporte e difusão do sinal televisivo obedece ao disposto no Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro (art 12.º-2). O transporte e difusão do sinal televisivo constitui um serviço de telecomunicações de uso público através de redes públicas de telecomunicações.

Nesse sentido, o transporte de sinal televisivo constituirá uma actividade sujeita a licença. Sendo que, nas suas relações com os utentes, as entidades licenciadas são obrigadas, por exemplo, a desenvolver a sua actividade de forma continuada e com níveis de qualidade adequados, devendo garantir a igualdade de acesso aos serviços prestados. De igual modo, os serviços prestados não podem ser suspensos sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior, e, em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido do motivo da suspensão e informado sobre os meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão.

Além do mais, será ainda de referir que as entidades licenciadas, à semelhança das entidades registadas, estão obrigadas a anunciar e divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, devendo fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta; de igual modo, o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação, considerando-se exigido o pagamento com a apresentação de cada factura.

10.2. Televisão e Serviços Interactivos. A difusão do sinal televisivo constituirá um serviço de telecomunicações de difusão e não de telecomunicações endereçadas. Com efeito, os serviços de telecomunicações apenas disponibilizados mediante solicitação individual são excluídos da noção legal de televisão. A Lei da Televisão considera televisão (art. 1.º-2) a transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes e sons através de ondas electromagnéticas ou de qualquer outro veículo apropriado, propagando-se no espaço ou por cabo, e susceptível de recepção pelo público em geral, com exclusão dos serviços de telecomunicações apenas disponibilizados mediante solicitação individual.

Todavia, o regime da distribuição por cabo contempla outra forma de serviços de natureza endereçada que não são excluídos da noção de televisão. Trata-se dos serviços disponibilizados mediante acto de adesão, que se consideram, juntamente com os serviços acessíveis mediante solicitação individual, como serviços de natureza endereçada. Será esse o caso, porventura, dos chamados canais de acesso condicionado, isto é, os canais televisivos que transmitem sob forma codificada e estejam disponíveis apenas mediante contrapartida específica, não se considerando como tal a quantia devida pelo acesso à infra-estrutura de distribuição, bem como pela sua utilização².

inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor. 3 - A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.).

¹ Lei n.º 31-A/98, de 14 de Julho.

² Lei da Televisão, art. 7.º, 5. A protecção dos serviços de acesso condicional foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, que estabelece o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade de informação, à respectiva protecção jurídica, bem como aos equipamentos de utilizador

10.3. Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão (Referência). Embora não seja um contrato de telecomunicações quanto ao objecto, mas antes quanto ao meio de execução, interessa fazer uma breve referência ao contrato de concessão entre o Estado e a concessionária do serviço público de televisão.

Este contrato estabelece as obrigações de programação, de prestação de serviços específicos, de produção original, de cobertura do território nacional, de inovação e desenvolvimento tecnológico, de cooperação com os países lusófonos e as relativas às emissões internacionais, bem como as condições de fiscalização do respectivo cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de incumprimento (art. 42.º-2). A Lei da Televisão atribuiu a concessão do serviço público de televisão à Radiotelevisão Portuguesa, S. A., pelo prazo de 15 anos, renovável por iguais períodos, sendo os direitos de concessão intransmissíveis (art. 43.º, 2 e 3).

§11. Contratos de Utilização das Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre

Os contratos de utilização das redes de radiodifusão sonora digital terrestre estão sujeitos ao Regulamento de Exploração das Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre¹.

A rede de radiodifusão sonora digital terrestre T-DAB consiste no conjunto de infra-estruturas para a digitalização, codificação, multiplexagem, transporte e difusão do serviço de radiodifusão sonora digital terrestre. Esta rede é explorada para a prestação do serviço de radiodifusão sonora digital terrestre, isto é, o serviço de telecomunicações de difusão sonora digitalizadas, por meios electromagnéticos, destinada à recepção pelo público em geral. Serve ainda para a prestação de serviços auxiliares, isto é, serviços de dados não endereçados, suportados no sinal DAB e transmitidos conjuntamente com a programação de áudio.

Ora, os contratos celebrados entre o operador de rede e os radiodifusores não podem conter quaisquer disposições que contrariem o disposto na lei, no título de licenciamento do operador de rede e neste Regulamento (art. 8.º). Em especial será de referir a obrigação de os contratos de utilização da rede T-DAB conterem indicação expressa do período de vigência pelo qual são celebrados, do prazo estimado de reparação das avarias da rede e a discriminação das várias componentes do preço do serviço prestado. Por outro lado, sobre o operador de rede de radiodifusão sonora digital terrestre e os radiodifusores impende o dever de remeterem ao ICP cópia dos contratos de utilização da rede T-DAB.²

que lhe estão associados, transpondo a 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.

¹ Aprovado pela Portaria n.º 470-C/98, de 31 de Julho.

² Sobre a exploração da televisão digital hertziana terrestre *vide* a Portaria n.º 346-A/2001, de 6 de Abril (aprova o Regulamento do Concurso Público para a Atribuição de Uma Licença de Âmbito Nacional para o Estabelecimento e Exploração de Uma Plataforma de Televisão Digital Terrestre).

COMÉRCIO ELECTRÓNICO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DA SEGURANÇA TÉCNICA À CONFIANÇA JURÍDICA*

Apresentação

1. No limiar do terceiro milénio, a revolução das tecnologias da informação trouxe consigo uma nova sociedade, a Sociedade da Informação, e uma nova economia, a economia digital. O ambiente digital em rede constitui, actualmente, um mercado dos mais diversos tipos de produtos e serviços. O que não está na Internet não está no mundo, poder-se-ia quase dizer, em razão do extraordinário aprofundamento e alargamento das potencialidades deste novo meio de comunicação.

A WWW resulta da convergência tecnológica da informática, do audiovisual e das telecomunicações, constituindo o foro por excelência da economia digital no ciberespaço. Sendo que a convergência tecnológica postula a interoperabilidade dos sistemas electrónicos de informação ao nível equipamentos-programas-dados. Em ordem a alcançar a interoperabilidade global dos sistemas informáticos em rede estão em curso diversos projectos sobre protocolos de acesso e formatos de dados.

A interoperabilidade constitui, portanto, uma condição de possibilidade do desenvolvimento do comércio electrónico à escala global. Não obstante, o comércio electrónico coloca uma outra exigência de natureza técnica, e que se prende com as condições de segurança das transacções no ambiente digital em rede. Neste ponto reveste especial importância o problema da segurança técnica das assinaturas digitais e dos envelopes criptográficos realizados mediante tecnologias de cifragem.

Mas, da segurança técnica à confiança jurídica existe um problemático caminho a percorrer. Com efeito, o comércio electrónico, se por um lado apresenta inegáveis vantagens e possibilidades, por outro lado acarreta um risco acrescido de lesão de interesses de diversa natureza. Nessa medida, torna-se indispensável definir as regras do comércio electrónico, em ordem a criar um ambiente jurídico favorável à confiança dos diversos intervenientes, desde os criadores aos consumidores, passando pelos produtores e distribuidores.

2. Está em constituição à escala europeia um quadro jurídico regulamentar dos chamados serviços da sociedade da informação, nos quais assenta o comércio electrónico. Nesse sentido foram adoptadas directivas sobre esta matéria e apresentadas outras propostas relativamente a questões específicas do comércio electrónico. Acompanhando o passo, o legislador nacional criou a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, a qual tem por objectivos genéricos a definição de um quadro regulamentar de base adequado às exigências específicas do comércio electrónico.

Esta ampla e complexa problemática do direito do comércio electrónico foi objecto de uma Comunicação que apresentámos no âmbito das Conferências IFE, em Lisboa, no dia 15 de Abril, sob título Internet e Comércio Electrónico: da segurança técnica à confiança jurídica. Dividimos a Comunicação em duas partes.

A primeira tratou de Noções Elementares (I) e nela expusemos a noção e modalidades de comércio electrónico, distinguindo o comércio electrónico directo e o comércio electrónico indirecto. Além disso, fizemos uma breve alusão, por um lado, à economia digital e às ciberempresas no mercado virtual da Internet, e por outro, ao ambiente digital da rede mundial de auto-estradas da

* Ensaio publicado pela Almedina (1999).

informação, salientando o imperativo da interoperabilidade e da convergência tecnológica (informática, audiovisual, telecomunicações).

Na segunda parte (II) tratámos da segurança das transacções electrónicas, ora sob um prisma técnico, ora sob uma perspectiva jurídica. Primeiro, caracterizámos a segurança técnica oferecida pelas “tecnologias seguras”, como sejam, por um lado, as assinaturas digitais e serviços de certificação com função de autenticidade e integridade dos dados, e, por outro lado, a cifragem e os envelopes criptográficos com função de confidencialidade dos dados. Segundo, analisámos os termos da segurança jurídica, abordando certas medidas e propostas. No âmbito da segurança jurídica, esboçámos o quadro geral de problemas jurídicos do comércio electrónico, como sejam os relativos ao local de estabelecimento dos prestadores de serviços da Sociedade da Informação, à responsabilidade dos intermediários — com especial referência à Lei estadunidense sobre direitos de autor no milénio digital de finais de 1998 —, aos direitos de propriedade intelectual; à protecção de dados pessoais, à comunicação comercial (publicidade, sponsoring), aos direitos dos consumidores, aos serviços de acesso condicional, à transparência regulamentar e à fiscalidade na Internet.

Para além do esboço deste quadro geral de problemas, considerámos certas questões específicas atinentes à validade dos contratos celebrados à distância por via electrónica, ao valor jurídico das assinaturas digitais e serviços de certificação e às instituições de moeda electrónica. Para terminar, tecemos algumas considerações finais sobre as perspectivas de realização de um quadro jurídico regulamentar do comércio electrónico.

Por outro lado, alguns dos problemas jurídicos do comércio electrónico tinham sido estudados na nossa Dissertação de Mestrado [Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital, Coimbra 1998, em vias de publicação]. O núcleo central da Dissertação versou sobre a problemática da adaptação do direito de autor e dos direitos conexos ao novo paradigma da tecnologia digital, com o software, o multimédia e a Internet. Outras questões do comércio electrónico não foram tratadas senão lateralmente, na medida em que o seu tratamento pudesse revelar-se pertinente para o tema central da propriedade intelectual no ciberespaço.

3. Neste estudo vamos dar especial atenção à problemática da defesa do consumidor no comércio electrónico. Na realidade, a Proposta comunitária foi alvo de diversas críticas, em especial no que respeita aos termos do princípio do país de origem, que geraria o risco de diminuição dos padrões normativos de protecção dos consumidores praticados pelos Estados-membros.

É uma questão complexa, que exige compreender o modo como a Proposta prossegue o seu objectivo de defesa do consumidor ao nível de certos pontos que regula, como o local de estabelecimento do prestador de serviços da sociedade da informação, a comunicação comercial, os contratos por via electrónica e a responsabilidade dos prestadores de serviços em linha.

Especial atenção será dada à delimitação do âmbito de aplicação e às derrogações expressas ao princípio do país de origem, as quais parecem consagrar a defesa do consumidor como fundamento de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

Além disso, procuraremos compreender os direitos que os consumidores de serviços da sociedade da informação poderão ter já em face da lei nacional. Nesse sentido, analisaremos certos aspectos do direito da publicidade, dos contratos à distância, das viagens organizadas e das cláusulas abusivas, para além de aspectos gerais.

4. Assim caracterizados o objecto e o método deste trabalho, importa referir também algo sobre a sua índole. Não é nosso propósito fazer um estudo exaustivo, de ordem doutrinal e jurisprudencial, sobre a problemática em referência.

Trata-se, apenas, de esboçar o quadro de problemas jurídicos do comércio electrónico e de analisar os termos da Proposta comunitária sobre aspectos a ele relativos. Em especial será nossa preocupação saber se a proposta apresentada poderá conduzir à eliminação ou, pelo menos, redução dos padrões normativos de protecção dos consumidores nos Estados-membros. Além disso, procuraremos encontrar dentro da legislação nacional do consumo normas de protecção susceptíveis de conferirem direitos aos consumidores no comércio electrónico.

Assim, apesar da sua índole problemática, este trabalho é de teor expositivo. A adequação ao caso particular e concreto das soluções recortadas em abstracto para os problemas enunciados não prescindirá de uma tarefa de mediação interpretativa que as pondere em função de todas as exigências do caso. Em suma, este estudo não será mais do que uma abordagem preliminar à problemática do direito do comércio electrónico, dando especial ênfase à protecção dos consumidores. Com ele pretende-se, apenas, dar um contributo para o tratamento dessa problemática, com indicações bibliográficas, no quadro da constituição de um ambiente jurídico favorável à confiança na Sociedade da Informação. (Junho de 1999)

§ 1. Internet e Economia Digital

1. O fenómeno do comércio electrónico não é novo. Há muitos anos que as empresas trocam dados através de diversas redes de comunicação, sendo de destacar o EDI (Electronic Data Interchange).

Em termos muito breves, o EDI é uma forma de distribuição de informação digital que consiste na entretroca de dados informatizados, ou seja, na troca electrónica, de computador a computador, de dados estruturados e organizados em mensagens normalizadas. Trata-se de uma técnica que 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 (via modem).

Este sistema de comunicação electrónica, cuja utilização se generalizou no domínio das relações comerciais entre empresas, apresenta diversas vantagens em termos de custos e de tempo, com o chamado paperless trade e o just in time, em especial através de sistemas de negociação automatizada. Enquanto meio de comunicação da declaração negocial, o EDI coloca problemas jurídicos delicados 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.

2. Actualmente, assiste-se a uma expansão acelerada e a alterações de fundo em virtude do crescimento exponencial da Internet. Se até há pouco tempo o comércio electrónico era uma actividade de empresa a empresa, realizada através de redes fechadas específicas, agora por força da teia mundial de sistemas informáticos em linha (WWW) o comércio electrónico começou a expandir-se numa complexa rede de actividades comerciais efectuada à escala mundial entre um número cada vez maior de participantes, empresariais e individuais, e em redes abertas como a Internet. Na realidade, enquanto para o comércio electrónico tradicional a rede constitui um meio de circulação de

dados, para o comércio electrónico na Internet a rede é o próprio mercado — o chamado mercado virtual.

O comércio electrónico na Internet constitui actualmente um importante motor da economia: a economia digital. Assiste-se ao surgimento de novas actividades, de novos fluxos de receitas e de novos empregos. Além disso, sectores económicos tradicionais, como o turismo e as vendas por catálogo, realizam uma migração substancial das suas actividades comerciais, tornando-se em «ciberempresas» que operam em linha.

Como exemplos de actividades de comércio electrónico realizadas com êxito na Internet refiram-se os serviços de viagens e a distribuição de flores via Internet na Web, o sector do marketing directo e as vendas por correio electrónico, e em especial o domínio das ferramentas e tecnologias seguras do comércio electrónico (cartões inteligentes de pagamento electrónico seguro, montras virtuais seguras na Internet, etc.).

1.1. Comércio Electrónico: Noção e Modalidades

1. O comércio electrónico traduz-se na negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. Dentro das diversas actividades que abrange são de destacar o comércio electrónico de bens e serviços, a entrega em linha de conteúdo digital multimedia, as transferências financeiras electrónicas, o comércio electrónico de acções, conhecimentos de embarque electrónicos, leilões comerciais, concepção e engenharia em cooperação, pesquisa em linha das melhores fontes para aquisições (*sourcing*), contratos públicos, comercialização directa ao consumidor e serviços pós-venda.

Assim, o comércio electrónico envolve não apenas produtos (por ex., serviços de informação, equipamentos médicos especializados) mas também serviços (por ex., serviços de informação, serviços financeiros e jurídicos), traduzindo-se no exercício de actividades tradicionais (por ex., cuidados de saúde, educação) e de actividades novas (por ex., centros comerciais virtuais).

2. Distinguem-se duas modalidades de comércio electrónico. Por um lado, o comércio electrónico indirecto, ou seja, a 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. Por outro lado, o comércio electrónico directo, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa (em linha) de bens incorpóreos e serviços, como programas de computador, conteúdos de diversão ou serviços de informação à escala mundial.

O comércio electrónico indirecto está dependente de vários factores externos, como a eficácia do sistema de transportes. Pelo contrário, o comércio electrónico directo explora todo o potencial dos mercados electrónicos mundiais, uma vez que permite transacções electrónicas sem descontinuidades à escala global, isto é, sem fronteiras geográficas.

§ 2. Interoperabilidade Tecnológica e Segurança Técnica no Ciberespaço

2.1. Protocolos de Acesso e Formatos de Dados

1. A expansão da Internet como infra-estrutura global do comércio electrónico resulta do processo de convergência tecnológica das telecomunicações, do audiovisual e da informática. Insere-se também no quadro de liberalização dos mercados das telecomunicações e das tecnologias da informação. A eliminação dos estrangulamentos de capacidade de processamento e transmissão de

dados, e a garantia da interoperabilidade num ambiente concorrencial surgem aqui como dois imperativos de ordem tecnológica.

É de destacar, neste sentido, o importante trabalho do consórcio World Wide Web (a WWW foi inventada no Laboratório Europeu de Física e Partículas — CERN). Na realidade, o consórcio WWW procura garantir a interoperabilidade de facto no ambiente digital das tecnologias fundamentais do comércio electrónico, como os sistemas de pagamento electrónico.

O Consórcio WWW reúne cerca de 160 empresas de informática, telecomunicações e conteúdo, metade delas europeias, trabalhando numa série de iniciativas para garantir a interoperabilidade de facto das tecnologias existentes no domínio dos sistemas de pagamento electrónico (*Joint Electronic Payment Initiative*) e assinaturas digitais (*Digital Signature Project*). O consórcio está igualmente a trabalhar em soluções inovadoras no domínio da filtragem de conteúdos (*Platform for Internet Content Selection*, ou PICS) e da protecção dos dados pessoais (*Privacy and Demographics Project*).

2. Depois, a interoperabilidade de dados é fundamental para tornar possível o comércio electrónico. Além disso, é também fundamental para possibilitar a interactividade de e entre documentos digitais. Enquanto em forma impressa os documentos são inactivos, já os documentos digitais podem ser interactivos.

Nesse sentido, estão em curso diversas iniciativas para desenvolver novas aplicações funcionais dos documentos digitais, tais como as permitidas por certos programas, conhecidos por “applets”, isto é, programas especializados que são desenvolvidos em linguagem de programação Java e que activam a funcionalidade dos documentos nos ambientes de rede. Refiram-se, nesse sentido, diversos programas como sejam, nomeadamente, o C-SET (Transacções electrónicas interoperáveis com segurança por CI), e o ICE-TEL (Infra-Estrutura de Certificação de Chaves Públicas Interoperável para a Europa).

A interoperabilidade das diversas aplicações e sistemas de cifragem e de assinatura digital representa, com efeito, um imperativo de ordem tecnológica com vista à promoção do comércio electrónico à escala global, o qual se processa através de serviços que, no essencial, são efectuados através de normas acordadas, incluindo critérios de ensaio e procedimentos que abrangem protocolos, formatos de dados e interfaces dos programas. A utilização destes protocolos e formatos de dados acordados torna desnecessário o desenvolvimento de serviços de transferência ou programas de conversão de um formato para outro.

Nesse sentido, a interoperabilidade deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo, não apenas a possibilidade de as soluções em aplicações poderem ser transferidas de um tipo de ambiente de software e hardware para outro (portabilidade), mas também a possibilidade de os utilizadores se deslocarem de local para local, mantendo o acesso aos mesmos serviços de confiança (mobilidade).

2.2. Assinaturas Digitais e Envelopes Criptográficos

1. Por outro lado, a promoção do comércio electrónico depende da confiança que as empresas e os consumidores nele depositem. Por seu turno, essa confiança depende da segurança das transacções electrónicas.

Os principais problemas prendem-se com a identidade e solvência dos fornecedores, a sua localização física real, a integridade da informação, a protecção da vida privada e dos dados pessoais, o cumprimento dos contratos à distância, a fiabilidade dos pagamentos, a possibilidade de recurso na sequência de erros ou fraudes ou eventuais abusos de posição dominante. Assim, por exemplo, os

consumidores e as empresas devem estar seguros de que as suas transacções não são interceptadas ou alteradas, de que o vendedor e o comprador são quem afirmam ser e de que existem mecanismos de transacção legais e seguros.

Para o desenvolvimento do comércio electrónico assumem especial importância a integridade, autenticidade e confidencialidade dos dados processados e transmitidos nas redes electrónicas de comunicação. A cifragem e os cartões inteligentes são meios de segurança técnica que permitem alcançar esse resultado. Revestem especial importância na protecção técnica dos dados e constituem um factor essencial no desenvolvimento de um mercado de massas da informação electrónica, uma vez que asseguram a protecção do material sob forma digital. De igual modo, estas tecnologias seguras, baseadas em métodos criptográficos, promovem a confiança financeira através da segurança dos pagamentos electrónicos.

No essencial, trata-se das chamadas tecnologias criptográficas que são amplamente reconhecidas como ferramentas essenciais para a segurança e a confiança na comunicação electrónica. Duas das mais importantes aplicações destas tecnologias são as assinaturas digitais e a cifragem. As assinaturas digitais servem principalmente para provar a origem dos dados e verificar se foram alterados. Desempenham por isso uma importante função de autenticação e de integridade. Por seu turno, a cifragem permite conservar os dados e a comunicação confidenciais. Nessa medida, desempenha uma função de confidencialidade dos dados.

As assinaturas digitais e certificados de autenticação constituem dois tipos de tecnologias seguras que, do ponto de vista técnico, permitem criar um ambiente de confiança e segurança nas comunicações electrónicas. Por um lado, as assinaturas digitais permitem a confirmação inequívoca da identidade do remetente e da autenticidade e integridade dos documentos electrónicos. Por outras palavras, as assinaturas digitais específicas do remetente e da mensagem enviada são verificáveis e não repudiáveis. Por seu turno, a transferência de certificados digitais — os chamados “bilhetes de identidade para a Internet” —, através de um protocolo de início de ligação (*handshake*) automático entre computadores, garante que as partes são quem afirmam ser e contribui para verificar se o serviço prestado e as mercadorias entregues são genuínos.

As tecnologias criptográficas representam, portanto, um aspecto chave para o desenvolvimento do comércio electrónico, a protecção da privacidade, a defesa dos consumidores e para a protecção dos direitos de propriedade intelectual, no ambiente de rede digital à escala global. Além da criptografia, revestem especial importância, neste contexto, as técnicas de estenografia (digital watermarking, digital fingerprinting), que consistem em métodos de ocultação de dados ou de escrita oculta, que permitem colar determinada informação a documentos ou outros materiais, em especial sob formato digital.

2. As assinaturas digitais são normalmente criadas e verificadas por técnicas criptográficas assimétricas semelhantes às utilizadas na cifragem. Duas chaves complementares são criadas e atribuídas a um utilizador. Uma delas — uma chave de assinatura — é mantida privada (chave privada) ao passo que a outra — uma chave de verificação da assinatura — é publicada (chave pública).

A assinatura digital consiste numa sequência única de dígitos que é computada com base nos dados a proteger, o algoritmo de assinatura a ser usado e a chave utilizada na produção de assinatura digital. A assinatura digital é, portanto, uma sequência de dados criados por utilização de uma chave privada, podendo ser utilizada uma chave pública para verificar se a assinatura foi efectivamente

produzida por utilização da chave privada correspondente. Porém, deverá ser criada em termos de não ser possível produzir uma assinatura válida sem se ter conhecimento da chave privada. Por outro lado, a autenticação de sequências de dados consiste no processo através do qual o receptor, por exemplo, de uma mensagem digital poderá ficar seguro quanto à origem da mensagem. Acresce que a sequência de dados poderá conter também pseudónimos ou nomes a utilizar na leitura da identidade do remetente.

Assim, as assinaturas digitais contribuem para a autenticidade e integridade dos dados, dizendo-se que um sistema de assinatura digital é seguro quando é formado por duas partes: por um lado, o método de assinatura de um documento de modo não falsificável e, por outro, um método de verificação de que a assinatura foi produzida pela pessoa que ela representa. Por seu turno, os protocolos de autenticação podem basear-se em sistemas de cifragem com chaves públicas.

Para violar um sistema de assinatura digital podem ser dirigidos ataques à sequência matemática utilizada pelo sistema de assinatura digital ou à função hash usada para criar ou computar um resumo dos dados. Para o efeito, os sistemas de assinatura digital baseiam-se em protocolos elaborados pela indústria (por ex., SSL, SET). Os programas de navegação de utilização mais generalizada (Navigator da “Netscape”, e Internet Explorer da “Microsoft”) servem-se da maioria dessas possibilidades, combinando-as com a utilização de servidores preparados para os SSL dos fabricantes mais avançados, sendo ainda possível incorporar medidas de segurança adicionais, que são exigidas para aplicações informáticas específicas, como sejam outras API (interface programa de aplicação), guiões Java ou outras linguagens de programação.

3. Por seu turno, a cifragem permite a confidencialidade das comunicações electrónicas. Um algoritmo de cifragem transforma um texto claro num texto cifrado ilegível (cifragem) e vice-versa (decifragem) utilizando uma chave especial.

Com efeito, a cifragem consiste na transformação de dados numa forma ilegível para quem não tenha uma chave de decifragem, sendo utilizados algoritmos criptográficos com vista à transformação de texto simples em dados cifrados. O acto de transformação da informação diz-se cifragem. Ao processo de transformação dos dados de novo em texto simples chama-se decifragem.

O objectivo da cifragem é garantir a confidencialidade, mantendo a informação oculta para os não destinatários, mesmo aqueles que podem ver os dados cifrados. Pode fazer-se uma distinção entre algoritmos de cifragem simétricos e assimétricos, ou seja, há dois tipos básicos de cifragem: simétrica e assimétrica.

A primeira (simétrica) utiliza a mesma chave para a cifragem e a decifragem, sendo necessário às partes em comunicação acordar previamente uma chave secreta, com a desvantagem de terem que encontrar um modo seguro de trocar essa chave. Com efeito, nos sistemas de cifragem simétrica (ou de chave secreta), é usada uma só chave para cifrar e decifrar os dados, sendo adequada à transformação de grandes quantidades de dados, uma vez que a computação é rápida. Para que a informação seja segura, é necessário que a chave seja mantida secreta entre as partes envolvidas. Assim, é fundamental a gestão da distribuição e da utilização da chave secreta, dado que a chave é vulnerável no seu percurso até à outra parte. Pelo que, a sua utilização com muitos participantes é algo problemática, uma vez que eles podem não se conhecer uns aos outros previamente.

Os métodos de cifragem assimétrica (ou de chave pública) evitam esta desvantagem, uma vez que utilizam diferentes chaves para a cifragem e a decifragem. Com efeito, baseiam-se na utilização de duas chaves numa única operação criptográfica (a chave de cifragem ou pública, e a chave de

decifragem ou privada), que estabelecem entre si uma relação complexa, em termos de a mensagem cifrada pela chave pública só poder ser decifrada pela chave privada, e vice-versa. Os cartões inteligentes, os computadores portáteis ou os discos inteligentes são apontados como meios protegidos nos quais a chave privada deve estar guardada com segurança, sendo o suporte físico mais popular o cartão inteligente, uma vez que a chave privada é dele inseparável, e cuja utilização é protegida, por exemplo, por números PIN ou técnicas de correspondência de impressões digitais.

4. Por outro lado, para superar a desvantagem de serem significativamente mais lentos do que os algoritmos simétricos, utiliza-se a combinação de dois tipos de algoritmos (simétricos e assimétricos) que permite a criação do envelope digital. Isto é, um algoritmo simétrico rápido cifra o texto simples, mediante uma chave curta mas segura, sendo essa segurança reforçada se a chave for usada apenas uma vez (chave de mensagem ou de sessão) e, depois, irrecuperavelmente, destruída quando a comunicação termina, cifrando esta chave com a chave pública do receptor.

Todavia, não são concebíveis sistemas absolutamente seguros, nem sequer se pode avaliar, com rigor científico, o seu grau de segurança. Admite-se que algumas chaves possam ser descobertas mediante tentativas sistemáticas (ataques em força bruta), devendo-se, sobretudo, aos piratas a descoberta de pontos vulneráveis nos sistemas. Na verdade, praticamente todos os sistemas podem ser violados com recursos, tempo e qualificação suficientes. A lógica económica subjacente à segurança consiste em tornar desinteressante, para os piratas, a violação de um sistema, dada a dificuldade e os seus custos. Por isso, desde simples senhas (passwords) a cifragem muito robusta, existem diversos níveis de precauções no domínio da segurança, sendo permanentemente necessário analisar e adaptar a segurança dos sistemas.

Ora, apesar da sua longa tradição no domínio militar, a tecnologia de cifragem está, todavia, cada vez mais integrada em sistemas e aplicações comerciais. Assim, por exemplo, a pay tv apenas pode funcionar comercialmente graças à cifragem, devendo ser paga uma taxa de assinatura para a decifragem. De igual modo, os discos digitais versáteis (DVD) que substituirão as videocassetes, utilizam técnicas de cifragem para evitar a pirataria, protegendo assim os direitos de propriedade intelectual.

Neste quadro tecnológico é de referir, ainda, a estenografia, que consiste num método que permite a ocultação de dados, reduzindo as hipóteses de serem detectados, sendo o nível de segurança reforçado quando os dados são também cifrados. A palavra estenografia significa escrita oculta e abrange um vasto conjunto de métodos de comunicação secreta que encobrem a existência dos dados ocultos, incluindo as tintas invisíveis, os micropontos, o arranjo de caracteres, os canais ocultos e comunicações em espectro alargado, não se limitando a incorporar textos em imagens, mas podendo ser utilizados com outros suportes, como voz, vídeo, etc.

A estenografia tem por objectivo esconder os dados desejados secretos noutros dados, em termos de ninguém poder sequer detectar a sua existência, ao invés da criptografia, que permite que as mensagens sejam detectadas, intersectadas ou alteradas, sem porém violar certas premissas de segurança garantidas por um sistema criptográfico. Criptografia e estenografia constituem, portanto, métodos tecnológicos complementares, pois que, se a estenografia não substitui os sistemas de cifragem, já torna mais difícil a abertura dos dados.

5. A tecnologia criptográfica e a estenografia (cifragem, assinaturas digitais) fornecem dispositivos técnicos de protecção e identificação dos dados. Por exemplo, no domínio da protecção

da propriedade intelectual, estes sistemas permitem controlar o acesso e/ou a utilização dos conteúdos informativos 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. Poderá utilizar, ainda, técnicas criptográficas. No sistema de chave privada, os dados são encriptados com a mesma chave que é utilizada para encriptar e decriptar. Trata-se, neste caso, da criptografia simétrica. No sistema de chave pública os dados são encriptados com a chave pública que é disponibilizada aos sub-criptadores, mas só quem tiver uma chave privada pode proceder à decriptagem. Trata-se da criptografia assimétrica. É, ainda, imaginável um sistema de chaves múltiplas repartidas entre depositários diferentes. Estas técnicas permitem também limitar o acesso, por exemplo, a horários pré-definidos, a partes determinadas das obras ou a certas pessoas.

Por outro lado, o titular dos direitos pode controlar os termos da utilização dos conteúdos pelas pessoas que têm direito de acesso. Trata-se, por exemplo, de interditar a cópia ou limitar o número de cópias ou, ainda, de um modo geral, delimitar os termos da sua utilização. Trata-se, ainda, de autenticar e garantir a integridade dos conteúdos. Esse é o objectivo da assinatura digital, que combina procedimentos de identificação do remetente e de verificação da integridade da sua mensagem, os quais, por sua vez, vão servir para autenticar um conteúdo informativo quanto à identidade daquele que autenticou e quanto ao conteúdo autenticado.

Ademais, os dispositivos de protecção técnica optimizam a gestão dos direitos. Com efeito, os conteúdos são identificados através de um código interno (inseparável da obra, desde o início) ou externo (colocado posteriormente). Assim, por exemplo, os sistemas de identificação de suportes como os livros (número de ISBN) ou os fonogramas (número ISRC), ou o sistema CIS (*Common Information System*). Uma vez identificado o conteúdo informativo, torna-se possível controlar as utilizações e automatizar a gestão dos direitos, oferecendo aos utilizadores a possibilidade de usar os sistemas de facturação disponíveis na rede.

As técnicas utilizadas podem servir-se, também aqui, da criptografia. Mas não é necessário encriptar a mensagem (tornando-a ininteligível), basta marcá-la (para a tornar imperceptível). Esse é o objectivo da estenografia que permite ligar à informação uma mensagem tendente a garantir a sua autenticação. Trata-se de codificar a informação digital com atributos que não podem ser dissociados do ficheiro que contém esta informação. Trata-se, como vimos, do *digital fingerprinting* ou *digital watermarking*. Graças a estas técnicas é possível incrustar mensagens ocultas nos dados digitais. A mensagem não é afectada pelas manipulações decorrentes da sua circulação na rede (compressão, descompressão, codificação). Assim, estes dispositivos técnicos apresentam interesse inegável para os titulares de direitos, reforçando a exclusividade jurídica através da exclusividade técnica. Com efeito, as restrições ao acesso ou à utilização permitem o pagamento por sessão, uma vez que possibilitam o controlo individual da utilização dos dados.

A funcionalidade dos sistemas de gestão de direitos significa, num ambiente de comércio electrónico directo de conteúdos informativos, que um utilizador pode ligar o seu computador e, via telecomunicações, estabelecer contacto com uma base de dados internacional, na qual estão armazenados sob forma digital os mais diversos tipos de conteúdos informativos; depois, o utilizador poderá fazer o carregamento descendente da informação necessária na memória de trabalho do computador, mas, se quiser armazenar permanentemente essa informação, deverá solicitar as condições de licença ao operador da base de dados; e, se concordar com estas condições, a

remuneração da licença será debitada via EDI na sua conta bancária, podendo assim utilizar os conteúdos nas condições acordadas, sendo que qualquer outra utilização é digitalmente impedida através de dispositivos criptográficos especiais.

§ 3. Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica na Sociedade da Informação

1. A promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica, mas também da confiança jurídica dos intervenientes. Este ambiente de confiança favorável ao crescimento do comércio electrónico requer a criação de um quadro jurídico adequado à protecção dos interesses dos agentes envolvidos. Com efeito, a efectiva protecção dos interesses em causa será uma condição fundamental para um ambiente de confiança.

Esse quadro deverá atender, por um lado, a certas questões específicas do comércio electrónico, como sejam a validade dos contratos celebrados à distância por via electrónica, o valor jurídico das assinaturas digitais e dos serviços de certificação e, ainda, o regime da actividade das instituições de moeda electrónica.

Por outro lado, o comércio electrónico coloca certos problemas que dizem respeito, por exemplo, à determinação do local de estabelecimento das chamadas «ciberempresas», à transparência regulamentar, e à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, mormente quando actuam como meros intermediários de informação digital.

Um outro grupo de interesses cuja protecção é essencial ao florescimento do comércio electrónico é composto por um leque complexo e diversificado de sujeitos. Trata-se, quer dos titulares de direitos privativos, como os dados pessoais e os direitos de propriedade intelectual (direito de autor e direitos conexos, marcas e outros sinais distintivos), quer dos titulares de interesses legalmente protegidos, como sejam os concorrentes no comércio electrónico, destacando-se a problemática da comunicação comercial (a chamada «infopublicidade») e a protecção dos serviços de acesso condicional. E, justamente, um grupo de sujeitos particularmente importante são os consumidores, cuja confiança jurídica constituirá o factor essencial do alargamento e aprofundamento do comércio electrónico. Pelo que os direitos dos consumidores no comércio electrónico desempenham um papel fundamental.

2. A necessidade de se viabilizar o comércio electrónico num ambiente baseado na economia digital foi identificada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação. Com base nisso, o Conselho de Ministros resolveu criar a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, definindo-lhe como objectivos genéricos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico (Resolução n.º 115/98, DR n.º 201, I, Série B, 1.9.1998).

Nesse quadro incluir-se-ia o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e às assinaturas digitais, bem como à factura electrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transacções efectuadas por via electrónica, à protecção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à protecção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adoptados vários diplomas sobre publicidade e televendas (DL 275/98, 9.9) e sobre a protecção dos dados pessoais (L 67/98, 26.10, L 69/98, 28.10), destinados, no essencial, a transpor Directivas.

Em ordem à criação de um quadro regulamentar da Sociedade da Informação, traçado na sequência do Relatório Bangemann sobre A Europa e a Sociedade da Informação (1994), foram propostas e adoptadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Às Directivas já

adoptadas, por exemplo, sobre Propriedade Intelectual nas Bases de Dados (96/9/CE, 11.3), Protecção de Dados Pessoais (95/46/CE, 24.10), Contratos Celebrados à Distância (97/7/CE, 20.5), Serviços de Telecomunicações (97/13/CE, 10.4), Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE, 15.12), Transparência Regulamentar (98/34 e 48/CE, 5.8), juntam-se Propostas sobre Serviços de Acesso Condicional (9.9.97), Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação (10.12.97) e, especificamente, sobre Comércio Electrónico (18.11.98), Assinaturas Digitais (13.5.98), Instituições de Moeda Electrónica (21.9.98) e Comercialização à Distância de Serviços Financeiros (14.10.98).

3. Não obstante, deve referir-se que, entre nós, a importância de assegurar que os documentos transmitidos por via electrónica sejam objecto de idêntico tratamento em relação ao valor de que beneficiam os documentos em suporte papel foi apontada na Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98. Desta equivalência entre os documentos electrónicos e os documentos em suporte papel seriam excluídos apenas os efeitos que exigissem a assinatura ou a autenticação dos documentos electrónicos até ser adoptado um diploma especial destinado a regular a problemática da validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos (Resolução do Conselho de Ministros, n.º 60/98, 16.4.1998, DR 104/98, Série B-B, 6.5.1998).

Esta Resolução tem em conta a importância especial das formas de comunicação por via electrónica como meio de facilitar o diálogo entre o Estado e os cidadãos, e como instrumento de promoção da eficácia da máquina administrativa. Pretende-se que as direcções-gerais e os institutos públicos disponibilizem aos administrados e utilizem o correio electrónico, à semelhança do que já fizera um elevado número de serviços e organismos da Administração Pública na sequência do Livro verde para a Sociedade da Informação, no sentido de passar a dispor deste meio de comunicação juntamente com outros como o telefone e o telefax. Nesse sentido, a Resolução prescreve a regra segundo a qual as direcções-gerais e serviços equiparados, bem como os institutos públicos, deveriam disponibilizar um endereço de correio electrónico até 6 de Novembro de 1998, para efeitos de contactos por parte dos cidadãos e de entidades públicas e privadas, e divulgá-lo de forma adequada (art. 1.º).

Por outro lado, pretendeu-se assegurar que os documentos transmitidos por via electrónica tenham o mesmo valor que os documentos em suporte papel, à excepção dos efeitos que exijam assinatura ou autenticação dos documentos electrónicos. Nesse sentido, foi consagrado o princípio de que a correspondência transmitida por via electrónica nos termos acima referidos tem o mesmo valor do que a trocada em suporte de papel, devendo ser-lhe conferido idêntico tratamento pela Administração e pelos particulares; todavia, deste princípio seriam exceptuados os efeitos que exijam a assinatura ou a autenticação de documentos, até à adopção de um diploma especialmente destinado a regular a autenticação dos documentos electrónicos (art. 2.º).

4. Por outro lado, no direito comparado é de referir que em alguns países foram já dados passos importantes. Veja-se, em especial, na Alemanha, a Lei dos Serviços de Comunicação e de Informação, de 1 de Agosto de 1997. Entre outros aspectos, regula o valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (v. *Signaturverordnung – SigV*, Art. 11 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*). Mas, é de referir que o sistema de assinatura de chave pública já tinha sido adoptado noutros países, como no UTAH e em Itália. Estas leis foram pioneiras no reconhecimento do valor jurídico do chamado documento electrónico via EDI.

3.1. Dos Acordos EDI às Leis do Comércio no Ciberespaço

1. O EDI suscitou diversos problemas decorrentes de limites de ordem prática (por ex., o problema da assinatura, as definições pouco flexíveis ou vice-versa, etc.), deparando ainda com limites postos à liberdade contratual: não podem contrariar prescrições de ordem pública decorrentes, por exemplo, de princípios do direito das obrigações e do direito da concorrência. No que respeita aos primeiros, o princípio da eficácia relativa ou inter partes dos contratos significaria que o acordo vincularia apenas as partes que tivessem consentido a sua utilização. Por isso, em sede de responsabilidade aquiliana, por exemplo, as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade não vinculariam terceiros à relação contratual de EDI que sofressem danos.

No que respeita aos segundos, estes acordos seriam susceptíveis de produzir efeitos anti-concorrenciais por força do poderio económico da parte que os impõe, podendo ser, nessa medida, contrários às regras da livre concorrência. Pense-se, por exemplo, num contrato de adesão proposto aos fornecedores que pretendessem trabalhar com a empresa dona da rede, nos termos do qual os aderentes seriam obrigados a dispor de níveis de equipamentos, de manutenção e de segurança que exigissem relevantes investimentos. Uma tal cláusula seria susceptível de comprometer a liberdade dos aderentes no que respeita à mudança de rede comercial).

Mas, na realidade, a problemática fundamental do EDI prende-se com o valor jurídico da assinatura digital e do documento electrónico. Com o advento do ambiente digital em rede (Internet) e o comércio electrónico à escala global, estes problemas deixam de se colocar apenas nas relações entre empresas, passando a afectar todos os agentes do mercado, incluindo os consumidores. Assim, considerando que os princípios que estão na base do EDI se aplicam às formas generalizadas de comunicação na Internet, será importante fazer a caracterização breve das suas notas principais.

2. Para começar, a sua utilização supõe, normalmente, a contratualização das relações entre as partes, estabelecendo uma relação de cooperação no seio de um determinado sector de actividade. Exemplos de sectores em que este mecanismo comunicativo começou por se implantar são a grande distribuição, os serviços financeiros, a indústria automóvel, as indústrias farmacêutica, química e electrónica, e o sector dos transportes. Para o efeito, as partes concluem um acordo de Entretroca de Dados Informatizados e convencionam uma linguagem normalizada de aplicação universal, tal como a que foi elaborada sob a égide das Nações Unidas (UN/ECE/WP.4), denominada Edifact (Electronic Data Interchange for Administration, Trade and Commerce). A linguagem Edifact compõe-se de um glossário de termos composto por três índices (ISO 7372) e por uma sintaxe padrão (ISO 9735).

Através destes acordos, duas ou mais pessoas estabelecem as condições jurídicas e técnicas da utilização da entretroca de dados informatizados, maxime no âmbito das suas relações comerciais. Nos termos deste acordo, são definidas as relações contratuais e as respectivas responsabilidades ao longo do processo de troca de dados, revestindo especial importância as condições de entrada e de saída da rede. Estes acordos apresentam a característica de serem marcadamente técnicos, versando sobre a forma e o conteúdo dos fluxos de informações trocadas (por ex., a escolha da linguagem, dos índices, das mensagens padrão, dos procedimentos de segurança tais como as chaves de acesso ou os códigos confidenciais).

3. Depois, como cláusulas principais de um acordo de EDI, são de referir: a) a admissão da validade jurídica da mensagem EDI na sua qualidade de equivalente funcional de um escrito; b) a

organização das modalidades da prova e os seus corolários (autenticação, assinatura, original, etc.); c) os procedimentos de adesão e de saída da rede; d) as diferentes espécies de mensagens trocadas ("documentos electrónicos"); e) os termos da realização da entretroca (acessos à rede, transmissão de mensagens, avisos de recepção, regras de segurança e de confidencialidade, condições de registo e de conservação de mensagens, etc.); f) o valor jurídico dos documentos; g) o regime de responsabilidade (inter partes e em face dos operadores da rede); h) e, num acordo internacional, a escolha da lei aplicável e do tribunal competente, e o recurso à arbitragem.

Estes acordos podem integrar as dimensões técnicas e de segurança, conferindo-lhes efeitos jurídicos. Para o efeito, as regras de conduta uniformes para a entretroca de dados comerciais por teletransmissão (UNCID), elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional, datadas de 22 de Setembro de 1987, constituem o texto precursor relativo aos acordos de EDI. As Regras UNCID, de carácter facultativo e apenas aplicáveis à troca de dados e não ao conteúdo das mensagens transmitidas, forneceram uma base jurídica contratual a partir da qual as partes poderiam estabelecer um acordo de EDI.

Depois deste texto pioneiro vários modelos de acordos de EDI foram elaborados um pouco por todo o mundo por instâncias representativas dos meios utilizadores deste processo de comunicação informática (por ex., 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 ex., aduaneiras, indústria automóvel na Europa), sejam territoriais (por ex., o modelo de vocação universal em preparação no quadro do Grupo de Peritos jurídicos do WP.4 da Comissão Económica para as Europa das Nações Unidas; o modelo TEDIS elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias; na Alemanha, o EDI-Rahmenvertrag). Como objectivo fundamental destes modelos-tipo destaca-se a preocupação de facilitar o comércio electrónico pela utilização do EDI, exigindo-se, todavia, um escrito para a celebração do respectivo acordo. Tocam ainda problemas do âmbito do direito comum das obrigações, como sejam o valor probatório do documento electrónico, o consentimento, a oferta e aceitação, a data e o local da formação do contrato, transmissão das condições gerais e a responsabilidade em caso de defeito na transmissão.

4. Para terminar, com vista à superação de certas dificuldades postas pelos acordos EDI têm sido propostos diversos instrumentos, nomeadamente, o chamado Editerms. Todavia, não há consenso quanto à caracterização deste instrumento, entendendo-se, ora que respeitam apenas e tão só à troca, do tipo catálogo UNCID, ora concebendo-os como verdadeiros acordos-tipo tendo por escopo regular a troca e o conteúdo das mensagens transmitidas por EDI. Ou seja, nesta segunda orientação, por contraposição à primeira, os Editerms são concebidos não meramente como signos alfanuméricos destinados a ser utilizados, aquando da conclusão de um contrato entre empresas comerciais ou com uma administração, para definir entre as partes as obrigações respectivas de cada uma delas no que respeita à troca informatizada de dados relativos a esta operação, por referência a um catálogo pré-estabelecido (ao qual é reconhecido autoridade nos respectivos meios profissionais), mas antes são definidos como dados codificados, transportados dentro de um segmento ad hoc da mensagem, e tratando, mediante reenvio a um dicionário exterior, todo ou parte do regime jurídico desta mensagem ou da operação, maxime comercial, na qual participem.

Não obstante, em comum apresentam os Editerms o reenvio ou remissão para um documento escrito exterior (catálogo, índice de dados, acordo de entretroca, nacional ou universal, dicionário

informatizado, etc.), tratando-se de contratos-tipo, em que, como tal, depende a sua validade e eficácia do consentimento individual de cada uma das partes (por ex., acusando a recepção da aceitação dos Editerms). Por outro lado, os Editerms parecem carregar o germe da força jurídica dos usos convencionais, isto é, tendem a tornar-se antigos, constantes, notórios e gerais, e a adquirir força vinculativa ou obrigatória por parte dos interessados (elemento material psicológico: *opinio iuris*), uma vez que são práticas que, nesses termos, os contraentes cumprem nos seus contratos como se fossem obrigatórias.

Curiosamente, o vocábulo Editerms resulta de um neologismo inspirado nos Incoterms (International Commercial Terms) da Câmara de Comércio Internacional, codificados pela primeira vez em 1936, para os fins de interpretação uniforme. Os Incoterms visam reduzir a incerteza resultante das diferenças de interpretação de práticas jurídicas e comerciais nos diferentes países. Esta codificação normalizadora das práticas comerciais internacionais viria a ser consagrada pela Convenção de Viena de 1980, relativa aos contratos internacionais de venda de mercadorias. Desta analogia dos Editerms com os Incoterms procurou afirmar-se a natureza de *lex informatica mercatoria* dos primeiros, isto é, enquanto parte integrante do *modus negocial* dos mercadores, os termos dos acordos de entretroca universalmente aceites poderiam revestir valor jurídico de usos *mercantis* ao nível da decisão judicial. Os Editerms poderiam aplicar-se, desde logo, em domínios onde a lei não é muito exigente em termos de requisitos de prova, porquanto não fosse exigido um documento escrito para a validade da cláusula ou do contrato. Não obstante, resultando a exigência de escrito de uma norma imperativa, entendia-se, maioritariamente, que apenas a intervenção legislativa poderia promover a utilização deste instrumento, adoptando uma definição de escrito que tomasse em linha de conta não apenas o papel, mas também os seus equivalentes funcionais.

5. E, na realidade, de molde a promover o comércio electrónico, alguns países reconheceram já a validade do documento electrónico e da assinatura digital. Veja-se no UTAH a Digital Signature Act (1996), em Itália a L. nº 59-97, art. 15, 2 (11.3.1997), e na Alemanha a SigV (1.8.1997), estando em elaboração projectos em diversos Estados americanos e europeus, bem como projectos da Câmara de Comércio Internacional e das Nações Unidas.

Na União Europeia, em ordem à harmonização das condições de admissibilidade do valor jurídico dos contratos por via electrónica e das assinaturas sob forma electrónica foram apresentadas as referidas Propostas de Directiva sobre Comércio Electrónico e Assinaturas Digitais.

Adenda. Recentemente, foi adoptado, entre nós, o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais. O estado avançado dos trabalhos de publicação não nos permite expor agora uma análise pormenorizada deste regime. Não obstante, importa referir, brevemente, que o regime jurídico agora aprovado, cujo diploma juntamos em apêndice, se inspira, especialmente, na proposta de directiva do Parlamento e do Conselho relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

Assim, em termos próximos à proposta de directiva, o diploma vem 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 não sujeita a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas digitais, embora preveja

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.

3.2. Protecção dos Produtores de Conteúdos e dos Prestadores de Serviços de Acesso Condicional

1. A harmonização do regime do valor dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais será um passo essencial à criação de um ambiente jurídico favorável à confiança no comércio electrónico. A estas medidas juntam-se outras propostas destinadas a acautelar os interesses dos titulares de direitos de autor e direitos conexos no ambiente digital, bem como as directivas adoptadas no domínio da protecção dos dados pessoais e da produção de conteúdos informativos.

A propósito destes últimos cumpre referir que a directiva sobre bases de dados (96/9/CE, 11.3) introduz uma figura destinada a proteger os conteúdos informativos transaccionados no comércio electrónico, e que começou a produzir efeitos desde 1 de Janeiro de 1998. As bases de dados são aí 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 (art. 7.º). Sendo que esse investimento poderá consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforço e de energia (40, 2.ª parte). Além disso, este direito pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais (art. 7.º, 3).

Diz-se 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 (c. 47). Nesse sentido aponta a Jurisprudência Europeia firmada no caso *Magill* e retomada na recente decisão *Ladbroke*.

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 (44). Acresce ser previsto um direito específico de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizadas em relação a actos do utilizador que ultrapassem os direitos legítimos deste e prejudiquem assim o investimento, não se destinando apenas a proteger contra o fabrico de um produto parasita concorrente (42).

Temos, portanto, um direito de exclusivo, isto é, um direito de propriedade intelectual sobre conteúdos informativos, que abrange inclusivamente o poder de visualização e a faculdade de impedir o acesso mesmo a partes não substanciais. Este direito confere aos produtores de bases de dados uma área de reserva exclusiva no mercado da informação, protegendo-os especialmente no comércio electrónico.

2. Relacionado com este direito de protecção de conteúdos informativos encontra-se a actividade de prestação de acesso a esses conteúdos. Neste ponto, interessa fazer uma breve referência ao

regime proposto em matéria de serviços de acesso condicional. A nosso ver, revelar-se-á muito importante no domínio do comércio electrónico.

Trata-se da protecção jurídica dos chamados serviços de acesso condicional, que, segundo a referida Proposta comunitária, 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. São, designadamente, os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o áudio 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. Faz-se a analogia com o acesso a teatros e cinemas e considera-se que os serviços de acesso condicional se baseiam no mesmo princípio que regula o acesso aos teatros e cinemas, pois que em ambos os casos o serviço pode ser circunscrito a determinadas categorias do público, como filmes só para maiores, sem que tal afecte o conceito de serviço “prestado ao público”. Aponta-se, porém, a diferença de o controlo de acesso à distância ser mais difícil e exigir técnicas distintas. É esta dificuldade acrescida de controlo que está na base da proposta de proibir actividades de fabrico, importação, venda, posse, instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, e a comunicação comercial de promoção de dispositivos ilícitos, isto é, de quaisquer equipamentos ou programas informáticos concebidos ou adaptados com vista a permitir o acesso não autorizado a um serviço protegido.

Por acesso não autorizado entende-se aquele que é respeitante a um serviço protegido sob forma compreensível sem autorização do prestador do serviço, isto é, quando for sujeito a acesso condicional por qualquer medida ou mecanismo técnico mediante o qual o acesso a um serviço sob forma compreensível é condicionado a uma autorização individual prévia destinada a assegurar a remuneração do referido serviço (como sejam a cifragem digital e analógica dos sinais de radiodifusão e os envelopes criptográficos contendo uma versão cifrada de um documento, como texto, imagem, vídeo, bem como as regras que definem as possibilidades de acesso).

Este regime proposto não se propõe sancionar directamente o acesso não autorizado, mas apenas as actividades comerciais que o tornam possível. Com efeito, não é sancionada pela proposta de directiva a mera posse para efeitos privados dos dispositivos ilícitos (descodificadores, set-top boxes, cartões inteligentes e qualquer outro tipo de equipamento ou programa que por si só ou em conjugação com outros dispositivos sejam necessários para a recepção do serviço sob uma forma compreensível, em contraposição a uma forma codificada e não compreensível). Não obstante, deixa aos Estados-membros a liberdade de o fazerem, considerando que não prejudica a aplicação de disposições nacionais susceptíveis de proibir a posse privada de dispositivos ilícitos.

Apesar desta liberdade deixada aos Estados-membros, a anotação ao art. 3.º é clara ao afirmar que a lista de actividades proibidas baseia-se principalmente no Princípio 1 da Recomendação R(91)14 do Conselho da Europa, a qual distingue entre a posse para finalidades comerciais e privadas: a primeira é declarada ilegal, ao contrário da segunda. Além disso, tem-se em conta que, em vários Estados-membros, a protecção jurídica dos serviços cifrados é assegurada por uma regulamentação geral relativa à defesa da concorrência que abrange apenas as actividades comerciais, ou seja, a legislação neste domínio só é aplicável às actividades realizadas na esfera comercial. Atendendo à necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade consignado no artigo 3º-B do Tratado CE,

que prevê que a acção da Comunidade não deve exceder o necessário para prosseguir o objectivo visado, a proposta de directiva segue o estabelecido pela Recomendação do Conselho da Europa quanto a este aspecto. No que se refere à alínea b), a directiva vai mais longe, mas inspira-se no mesmo princípio: sancionar as actividades comerciais que favorecem a recepção não autorizada, e não a recepção não autorizada em si mesma.

Nesse sentido, considera-se que uma das razões que justificam a necessidade desta directiva prende-se com a circunstância de não existir em alguns Estados-membros nenhuma regulamentação que sancione a recepção ilícita de serviços fornecidos com base num acesso condicional. Refere-se, ainda, que esta proposta sobre protecção dos serviços de acesso condicional é complementada pela Proposta de Directiva sobre certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação (Dezembro 1997), a qual contempla apenas a exploração não autorizada de material protegido por direitos de propriedade intelectual, tais como a cópia, a colocação à disposição em linha ou a radiodifusão não autorizadas. Pelo contrário, a proposta de directiva relativa aos serviços de acesso condicional destina-se a estabelecer um regime de protecção contra todas as formas de recepção não autorizada de um serviço de acesso condicional (que assim se chamam, designadamente pelas técnicas de acesso que utilizam, como sejam a cifragem, os envelopes criptográficos e o bloqueio electrónico mediante assinatura digital, e que se destinam a assegurar o pagamento do título de acesso ao serviço), considerando-se, inter alia, o facto de a recepção não constituir um acto relevante ao abrigo dos direitos de autor, que normalmente abrangem a comunicação e não a recepção.

Assim, vincula os Estados-membros ao dever de proibir no seu território nacional actividades de fabrico, venda, posse, instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos, bem como a utilização da comunicação comercial com vista à sua promoção (art. 3.º). Os dispositivos ilícitos são definidos como qualquer equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso não autorizado a um serviço protegido, isto é, o acesso a um serviço protegido sob forma compreensível sem autorização do prestador do serviço (art. 1.º, e-f).

Em suma, esta medida de protecção dos serviços de acesso condicional sanciona as actividades comerciais que favorecem a recepção não autorizada, e não a recepção não autorizada em si mesma, justificando-se não apenas para proteger os fornecedores do serviço, do acesso condicional e do conteúdo contra a pirataria, mas também o consumidor contra a fraude, uma vez que tais actividades são prejudiciais aos consumidores que são induzidos em erro quanto à origem dos dispositivos ilícitos (c. 11).

Com efeito, a proposta de 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 lhes 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, uma vez que a quantia paga aos titulares dos direitos de autor têm em conta geralmente os potenciais índices de audiência, e a recepção priva-os das receitas que normalmente com base nas assinaturas lhes deveriam ser pagas; 4.º o consumidor, uma vez que os prejuízos sofridos 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 o dispositivo adquirido deixará de ter qualquer utilidade para o consumidor se o fornecedor modificar o sistema de acesso condicional).

O consumidor surge, portanto, como um dos grupos de interessados na protecção jurídica dos serviços codificados. Por um lado, o consumidor teria que suportar o aumento de preços de utilização dos serviços e dispositivos praticado pelo fornecedor de serviços codificados de modo a compensar os prejuízos resultantes dos acessos não autorizados. Por outro lado, o consumidor seria vítima de fraudes uma vez que o dispositivo de descodificação adquirido revestir-se-ia desprovido de utilidade no caso de o fornecedor alterar o sistema de acesso condicional.

§ 4. A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico: Quadro Geral

1. Dentro do amplo quadro regulamentar da Sociedade da Informação vamos tratar especialmente da problemática da defesa dos consumidores no comércio electrónico.

Com efeito, a confiança dos consumidores desempenha um papel fundamental na promoção do comércio electrónico. Deles dependerá, em larga medida, a passagem da segurança técnica à confiança jurídica na Sociedade da Informação, em especial no domínio do comércio electrónico. Por essa razão, como veremos, a protecção dos consumidores surge como uma das preocupações fundamentais da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico, considerando-se que “a directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesses geral, em especial a defesa do consumidor” (cons. 6).

2. Apresentada pela Comissão na sequência da sua Comunicação Uma Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico, a Proposta de Directiva relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico é um texto complexo, juntando-se a outras propostas neste contexto, em especial as relativas às assinaturas digitais e à moeda electrónica.

O objectivo da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico é promover o comércio electrónico por via da remoção dos obstáculos jurídicos existentes, os quais seriam responsáveis, inter alia, pela falta de confiança dos consumidores. Para o efeito, trata cinco aspectos jurídicos do comércio electrónico: o local de estabelecimento dos prestadores de serviços da sociedade da informação, a comunicação comercial (publicidade, marketing directo, etc.), a celebração de contratos por via electrónica (requisitos de forma, local de celebração), a responsabilidade dos prestadores de serviços em linha no que se refere à transmissão e à armazenagem de informações pertencentes a terceiros (“responsabilidade dos intermediários”), e a aplicação das regulamentações (elaboração de códigos de conduta comunitários, obrigação de instituição de um sistema de recurso jurídico rápido e eficaz adaptado ao ambiente em linha).

3. Esta medida destina-se a garantir a livre prestação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-membros, sendo que o comércio electrónico radica numa actividade de serviços da sociedade da informação. Trata-se, na definição proposta (art. 2.º-a), de qualquer serviço prestado normalmente contra remuneração, à distância (1), por via electrónica (2) e mediante pedido individual de um destinatário de serviços (3).

São três 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.

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, serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha, e, ainda, actividades em linha via telefonia e telefax (c. 3). 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 o regime previsto na Directiva Televisão (89/552/CEE, 97/36/CE), que contempla regras, inter alia, sobre patrocínio publicitário e televentas.

4. Ora, segundo a Proposta, o acesso à actividade de prestador dos serviços da sociedade da informação estará sujeito ao princípio de não autorização prévia. O prestador de serviços da sociedade da informação considera-se estabelecido no Estado-membro em que exerça, de forma efectiva, uma actividade económica através de uma instalação estável, por um período indefinido, independentemente da presença e da utilização de meios técnicos e de tecnologias para prestar o serviço (art. 4.º-1, e art. 2.º-c).

Depois, apesar de o estabelecimento não estar sujeito a autorização prévia, compete ao Estado-membro, em cujo território um prestador de serviços da sociedade da informação esteja estabelecido, exercer a supervisão prudencial relativamente ao cumprimento das exigências do “domínio coordenado” estabelecidas pela directiva proposta, à excepção das regras dos contratos por via electrónica que só serão aplicáveis por força das suas normas de direito internacional privado.

Por outro lado, os restantes Estados-membros não poderão, em princípio, restringir a livre prestação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro por razões que se prendem com o domínio coordenado da directiva, cujo controlo pertencerá exclusivamente, portanto, ao “país de origem” (art. 3.º).

4.1. O Princípio do País de Origem e a Protecção dos Consumidores

1. A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico foi objecto de críticas por parte de entidades representativas dos consumidores, em virtude de alegadamente não consagrar uma política forte de protecção dos consumidores no domínio do Comércio Electrónico.

Com efeito, nos primeiros comentários à Proposta sustentou-se a necessidade de uma nova abordagem estratégica, de modo a assegurar os benefícios do aumento da concorrência e da escolha do consumidor, mantendo e promovendo ao mesmo tempo elevados padrões de marketing e de práticas comerciais. Essa nova abordagem deveria ser multi-dimensional, no sentido de abranger não apenas a regra do país de origem, mas também, em certos casos, o país de destinação.

De outro modo, o proposto princípio do país de origem seria aplicado universalmente ao marketing sem considerar outros factores, como grupos especiais de consumidores ou «target-groups» (por exemplo, as crianças), ou a existência ou não de regras harmonizadas ou códigos de conduta.

Além disso, a Proposta trataria de vários aspectos jurídicos do comércio jurídico através de normas separadas, sem estarem interligadas por uma estratégia ou quadro comum. Pelo contrário, a nova abordagem deveria abranger códigos de conduta e os mais elevados padrões comuns de

marketing, mas todos estes elementos seriam ser interligados no quadro de uma estratégia comum suficientemente flexível para se adaptar aos novos desenvolvimentos.

De igual modo, na Proposta actual os códigos de conduta seriam promovidos sem uma indicação clara do contexto, do modo como podem ser acedidos e de qual é a sua relação com normas legais. Acresce que a Proposta não providenciaria a necessária flexibilidade para responder aos novos desenvolvimentos neste domínio sujeito a mudanças rápidas.

Assim, uma estratégia de tratamento da problemática da protecção do consumidor no comércio electrónico deveria ter como elementos chave: 1.º o desenvolvimento de elevados padrões comuns de marketing, utilizando um misto de medidas vinculantes e códigos de conduta ou «soft law» ligados a regras jurídicas; 2.º uma abordagem com nuances e dinâmica, e não estática, no que toca ao princípio do país de origem em oposição ao país de destinação; 3.º o desenvolvimento de novos regimes regulamentares para lidar com profundas mudanças nos métodos de marketing que acompanharão o crescimento do comércio electrónico.

2. Apesar de as críticas atingirem outros pontos da Proposta, no seu cerne esteve o princípio do país de origem. Este princípio significaria que os prestadores de serviços da sociedade da informação teriam que respeitar (apenas) a legislação do Estado-membro no qual estivessem estabelecidos, mas já não a legislação de outros Estados-membros nos quais os seus serviços pudessem ser recebidos. Em consequência da aplicação universal deste princípio, os direitos dos consumidores poderiam ser afectados por várias razões.

Primeiro, os prestadores destes serviços procurariam estabelecer-se nos Estados-membros com padrões normativos de protecção dos consumidores menos exigentes. Com efeito, estando sujeitos apenas à legislação de um Estado-membro, os prestadores destes serviços poderiam ser conduzidos a escolher o Estado-membro com padrões normativos menos exigentes em matéria de direitos dos consumidores para aí se estabelecerem. Em virtude disso, poderia gerar-se o risco de os Estados-membros diminuírem os seus padrões normativos de protecção dos consumidores em ordem a acolher o estabelecimento dos prestadores destes serviços. Na realidade, em ordem a promover o estabelecimento destes prestadores de serviços nos seus territórios, os Estados-membros poderiam ser levados a suprimir, eliminar ou, pelo menos, reduzir padrões normativos em matéria de defesa dos consumidores.

Segundo, a aplicação universal do princípio do país de origem aos prestadores de serviços da sociedade da informação comportaria o risco de uma diminuição dos níveis de protecção dos consumidores quer em domínios não harmonizados quer em domínios sujeitos a medidas de harmonização mínima.

No que respeita aos primeiros, tratar-se-ia de actividades não cobertas por medidas de harmonização, sujeitas, portanto, ao critério de cada Estado-membro em sede de protecção do consumidor. Ou seja, nestas áreas ficaria inteiramente à discricionariedade de cada Estado-membro a adopção de regras de protecção do consumidor.

Relativamente aos segundos, tratar-se-ia de domínios que, apesar de terem sido harmonizados a nível comunitário, seriam sujeitos apenas a uma harmonização mínima (não completa), querendo isto dizer que ficara ao arbítrio de cada Estado-membro proceder a medidas de protecção dos consumidores mais exigentes de acordo com os respectivos padrões normativos, uma vez satisfeito o resultado mínimo de tutela pretendido pela medida de harmonização. Como medidas de harmonização mínima seriam de referir, em especial, as directivas sobre publicidade enganosa,

contratos negociados fora dos estabelecimentos, crédito ao consumo, cláusulas abusivas, viagens organizadas, *time-sharing*, contratos à distância.

Em suma, quer em domínios não cobertos por medidas de harmonização, quer em domínios abrangidos apenas por medidas de harmonização mínima, a aplicação universal do princípio do país de origem poderia gerar um risco de diminuição generalizada dos padrões normativos em matéria de protecção dos consumidores nos Estados-membros, em razão de tal princípio potenciar uma concorrência entre os Estados-membros no sentido da criação de ambientes jurídicos nacionais mais favoráveis ao estabelecimento dos prestadores daqueles tipos de serviços; em detrimento, portanto, dos níveis de tutela dos consumidores.

3. Para corroborar estas críticas ao princípio do país de origem no comércio electrónico, em virtude do seu efeito negativo em matéria de protecção dos consumidores, seriam identificáveis exemplos de normas legais ou disposições de auto-regulamentação observadas na praxis jurídica de cada Estado-membro, as quais estabeleceriam padrões normativos elevados em matéria de protecção do consumidor e estariam em risco em razão do proposto âmbito universal do princípio do país de origem. Dentro das principais áreas abrangidas pelo princípio do país de origem seriam de referir a publicidade, em especial a publicidade para crianças, as ofertas promocionais (descontos, prémios e bónus, etc.), o marketing directo pelo correio electrónico, os jogos, as obrigações pré-contratuais (em especial os deveres de informação), a indicação de preço (em especial a obrigação de indicar o preço em moeda nacional), os requisitos linguísticos ou a obrigação de fornecer os termos do contrato numa linguagem específica, e a informação sobre o prestador de serviços.

Assim, a promoção do comércio electrónico no espaço europeu não deveria ser feita à custa dos elevados níveis de protecção dos consumidores nos Estados-membros. Nessa medida, estaria em causa salvaguardar os mais elevados padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro em domínios não cobertos por medidas de harmonização ou sujeitos apenas a uma harmonização mínima. Padrões esses que poderiam ser eliminados ou, pelo menos, reduzidos em razão do âmbito universal do princípio do país de origem estabelecido em sede de prestação de serviços da sociedade da informação na Proposta de Directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico.

Mediante exemplos de normas legais nacionais relativas a certas áreas (por exemplo, publicidade, ofertas promocionais), sustentar-se-ia uma diminuição do âmbito do referido princípio, limitando o seu alcance a certos grupos de casos, uma vez que estaria justificado o afastamento ou, pelo menos, excepções ao princípio do país de origem em sede de prestação de serviços da sociedade da informação. Sendo que esse afastamento ou excepções justificar-se-iam em ordem a salvaguardar elevados padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro, padrões estes exemplificáveis através de normas legais nacionais de protecção dos consumidores em certas áreas.

4. Trata-se de uma questão muito complexa, que exige um delicado trabalho de compreensão hermenêutica. A complexidade da questão é analisável em três planos, que importa referir a título preliminar.

4.1. Primeiro, num plano de fundo, está em causa o princípio da subsidiariedade. Na realidade, se o princípio do país de origem tivesse efectivamente o risco de supressão generalizada dos padrões normativos nacionais de protecção dos consumidores, então neste domínio as medidas de

harmonização já adoptadas acabariam por se tornar o único quadro jurídico aplicável em sede de prestação de serviços da sociedade da informação.

Vale isto por dizer que, em última análise, os consumidores destes serviços acabariam afinal por não ter mais direitos do que aqueles garantidos pelas directivas europeias (ainda que estas tenham sido adoptadas como medidas de harmonização mínima), uma vez que os prestadores de tais serviços estabelecer-se-iam no Estado-membro cujo ambiente jurídico fosse o mais favorável. Ambiente este que, por essa via, acabaria por coincidir com tais directivas. Na prática, a lógica de mercado poderia retirar aos Estados-membros a liberdade de intervir nesta matéria em defesa dos consumidores, porque, mesmo que o fizessem, os consumidores destes serviços só teriam os direitos que o prestador dos serviços tem que observar no Estado-membro de estabelecimento.

Este é, portanto, um plano de fundo, prendendo-se directamente com o problema da subsidiariedade. Repita-se, por isso, que, na prática, os direitos dos consumidores dos serviços da sociedade da informação seriam (apenas) aqueles que os Estados-membros estivessem obrigados a observar em razão de medidas de harmonização, ainda que adoptadas a título de harmonização mínima.

4.2. Segundo, decorre do exposto que a crítica ao princípio universal do país de origem poderia ceder em face da argumentação segundo a qual as medidas de harmonização, incluindo a Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico, seriam suficientes para proteger os consumidores deste tipo de serviços. Significa isto que seria necessário provar que os serviços da sociedade da informação apresentam especificidades próprias que justificam medidas adequadas de protecção dos consumidores, e que o acervo comunitário, incluindo a própria Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico, não seria suficiente para atender às especiais necessidades de protecção dos consumidores deste tipo de serviços. Seria necessário provar, ainda, a existência, a nível nacional, de regras de defesa dos consumidores neste domínio sem equivalente a nível da legislação europeia.

Na realidade, só a especial natureza dos serviços da sociedade da informação poderia justificar limites à livre prestação de serviços no mercado europeu através de regulamentações nacionais destinadas a proteger interesses dos consumidores ainda não devidamente acautelados por medidas de harmonização. Com efeito, a excepção ao âmbito universal do princípio do país de origem traduzir-se-ia numa forma de limitação à livre prestação de serviços no mercado interno. E, sendo verdade que a protecção dos consumidores é aceite pelo Tribunal de Justiça Europeu como fundamento de justificação de tais limitações, a verdade é que seria necessário que as regulamentações nacionais que produzissem tais efeitos não se destinassem a acautelar interesses já protegidos pelo acervo comunitário neste domínio.

Ora, dentro do amplo leque de possibilidades que assim se abriria, teríamos que proceder a uma complexa tarefa de interpretação de diversos instrumentos normativos europeus e nacionais em abstracto aplicáveis no domínio dos serviços da sociedade de informação. Assim, para darmos alguns exemplos, seria necessário saber em que medida é que o DL 446/85, 25.10 (cláusulas contratuais gerais), alterado pelo DL 220/95, 31.8, contém normas que reforçam a protecção do consumidor dos serviços da sociedade de informação em confronto com a Directiva 93/13/CEE, 5.4 (cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores). O mesmo valeria para o Código da Publicidade (DL 330/90, 23.10, alterado pelos DL 6/95, 17.1, e DL 275/98, 9.9.98), em confronto especialmente com as Directivas 84/450/CEE, 10.9 (publicidade enganosa) e 97/55/CE, 6.10 (altera aquela para incluir a publicidade comparativa). Especial atenção deveria ser dada, ainda, à Directiva

97/7/CE, 20.5 (contratos à distância), ainda não transposta, e também ao regime das “vendas por correspondência” (DL 272/87, 3.7 — transpõe a Directiva 85/577/CEE, 20.12.1985 [contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais] —, alterado pelo DL 243/95, 13.9).

Além disso, seria ainda necessário saber em que termos é que os consumidores de serviços da sociedade da informação beneficiam dos direitos previstos nas normas injuntivas da nova Lei de Defesa do Consumidor (L 24/96, 31.7; v. por ex., arts. 7.º-5, 8.º, 9.º-5/6/7), e em que medida é que esta magna carta dos consumidores não tem equivalente no acervo comunitário. Sempre cumpriria referir, porém, que os direitos dos consumidores têm, entre nós, dignidade constitucional, integrando o catálogo de direitos fundamentais acolhidos na letra da Constituição (art. 60.º CRP).

Contudo, a identificação entre nós de um plus de protecção jurídica dos consumidores de serviços da sociedade da informação em relação ao acervo comunitário deveria ser, no estado actual da legislação, relativizada. Para além de estar ainda em vias de transposição uma directiva muito importante neste domínio (Directiva Contratos à Distância), a problemática da protecção dos consumidores está na agenda de prioridades do legislador nacional, seja no âmbito do projecto do Código do Consumidor, seja em especial no quadro das anunciadas medidas legislativas de defesa do consumidor no domínio do comércio electrónico. Com efeito, a referida Resolução do Conselho de Ministros, reafirmando a necessidade de se viabilizar e dinamizar o comércio electrónico num ambiente baseado na economia digital, atribuiu à Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico o objectivo de, inter alia, definir um quadro de base de regras harmonizadas relativas, nomeadamente, à defesa dos direitos dos consumidores (1-a/d).

4.3. O terceiro plano diz respeito à própria Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico, embora esteja estreitamente relacionado com o segundo. Com efeito, em causa estão os efeitos negativos sobre os padrões normativos de protecção dos consumidores de cada Estado-membro, em termos da sua eliminação ou, pelo menos, redução, em virtude de a Proposta consagrar a aplicação universal do princípio do país de origem em sede de livre prestação de serviços da sociedade da informação.

Nessa medida, o tratamento rigoroso da problemática em questão carecerá da compreensão prévia desta Proposta. Na realidade, ainda que se conclua por aquele plus de protecção entre nós em relação ao acervo comunitário, seria ainda necessário provar que a Proposta não contém soluções materialmente equivalentes ou cláusulas de derrogação, em termos de prevenir entre nós o risco de produção do referido efeito negativo.

Vamos, justamente, começar por esta última questão, procurando apurar em que termos é que a Proposta de Directiva protege os consumidores de serviços da sociedade da informação.

§ 5. A Defesa do Consumidor como Objectivo da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico

1. Assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a defesa do consumidor, é um dos propósitos principais da Proposta de Directiva, como se consagra no preâmbulo (cons. 6). De igual modo, o ponto 7 da abordagem adoptada, constante do Capítulo IV da Exposição de Motivos, tem justamente por título “Garantir um elevado nível de defesa do consumidor”, e nele se escreve que a directiva proposta prevê

“uma série de medidas que irão reforçar a defesa do consumidor e aumentar a sua confiança nos novos serviços existentes na Europa. Em particular, a directiva vai:

- reduzir os riscos de actividades ilegais na Internet, prevendo um controlo efectivo das autoridades nacionais, directamente exercido na fonte das actividades (no Estado-membro em que estiver estabelecida a empresa em questão) e determinando a responsabilização das referidas autoridades no que se refere à sua obrigação de assegurarem uma protecção do interesse geral não só no interior das suas fronteiras, mas também no conjunto da Comunidade e a bem dos cidadãos dos outros Estados-membros;

- impor obrigações de informação e transparência aos operadores, obrigações que são indispensáveis para que o consumidor possa tomar decisões esclarecidas;

- prever algumas garantias novas nas relações contratuais e, especialmente, a obrigação de colocar à disposição dos utilizadores meios que permitam corrigir erros de manipulação, a clarificação do momento de celebração em linha de um contrato e a necessidade de o prestador enviar um aviso de recepção;

- assegurar melhores meios de recurso, promovendo a elaboração de códigos de conduta, tornando possível a utilização em linha de mecanismos extrajudiciais de resolução de diferendos (conciliações, arbitragem), facilitando a existência de recursos jurisdicionais eficazes e rápidos e estabelecendo pontos de contacto nos Estados-membros, encarregados de prestar assistência aos consumidores.

Além do mais, a directiva deixa aos Estados-membros a possibilidade de, por razões de defesa do consumidor e sob certas condições, tomarem medidas que restrinjam a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, nomeadamente no domínio dos contratos com os consumidores.

Convém assinalar que os critérios da Convenção de Roma relativa à lei aplicável às obrigações contratuais, que permitem a aplicação de um regime derogatório a favor do consumidor, serão preenchidos, por exemplo, no caso de a celebração do contrato ter sido precedida, no país do consumidor, de uma proposta especialmente feita através do envio de uma mensagem electrónica e se o consumidor tiver realizado, no seu país, os actos necessários à celebração do contrato.

Por último, atendendo à rapidez e ao alcance geográfico dos danos que as actividades ilícitas na Internet podem causar, é desejável que os Estados-membros permitam que o acto que estiver na origem do recurso a uma jurisdição nacional seja transmitido pelas vias electrónicas e redigido numa língua comunitária diferente da do Estado-membro da jurisdição.”

Ao nível dos seus motivos, a Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico é, portanto, informada por uma preocupação de garantir um elevado nível de protecção dos consumidores, tendo em conta o seu papel fundamental para assegurar a confiança no comércio electrónico.

Para o efeito, seriam impostas obrigações de informação e transparência aos operadores e previstas novas garantias nas relações contratuais, e assegurar-se-iam melhores meios de recurso. Aos Estados-membros caberia sempre a possibilidade de impor medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação em razão da protecção dos consumidores, sendo ainda explicitado o regime derogatório a favor do consumidor previsto na Convenção de Roma.

2. Assim, o objectivo de protecção do consumidor seria prosseguido através das regras específicas contidas na Proposta. Estas normas de protecção acresceriam ao acervo comunitário em matéria de protecção do consumidor aplicável aos serviços da sociedade da informação, sendo de destacar as Directivas Cláusulas Abusivas (93/13/CEE), Contratos à Distância (97/7/CE), Publicidade Enganosa

e Comparativa (84/450/CEE e 97/55/CE), Viagens Organizadas (90/314/CEE), Crédito ao Consumo (87/102/CEE, 98/7/CE), Indicação de Preços (98/6/CE); a estas medidas acresceriam outras adoptadas não a propósito da protecção do consumidor mas antes, em termos mais gerais, da saúde pública (Publicidade Medicamentos e Tabaco: 92/28/CEE, 98/43/CE).

Isto mesmo está consagrado logo no art. 1.º, 3, onde se dispõe que a directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico completa o direito aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível existente de protecção da saúde pública e do consumidor, estabelecido pelos instrumentos comunitários, incluindo os que foram adoptados para efeitos do funcionamento do mercado interno.

3. Assim sendo, poder-se-ia concluir que a Proposta de Directiva garantiria um alto nível de defesa dos consumidores, quer pelas medidas especiais previstas, quer por não prejudicar o acervo comunitário aplicável neste domínio. Porém, como foi já referido, o princípio do país de origem significa que os Estados-membros de recepção não poderão, em princípio, restringir a livre prestação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro por razões que se prendem com o domínio coordenado da directiva. Isto significa que o controlo do respeito por este domínio coordenado pertencerá exclusivamente, portanto, ao país de origem (art. 3.º).

Parece que a protecção dos consumidores dos serviços da sociedade da informação ficará limitada ao “domínio coordenado” da proposta de directiva, cujo controlo caberá exclusivamente ao Estado-membro de estabelecimento. Mas, em que termos é que o objectivo de defesa dos consumidores está presente neste “domínio coordenado”? De que modo está consagrada na Proposta a protecção dos consumidores no comércio electrónico, sabendo que este constitui um dos objectivos da Proposta de Directiva?

Vamos analisar sucintamente o seu teor regulamentar em ordem a procurar respostas para o problema dos potenciais efeitos negativos em termos de padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro em razão da aplicação universal do princípio do país de origem. Nessa medida, procuraremos compreender apenas o modo como a Proposta prossegue o escopo exposto de garantir um elevado nível de defesa dos consumidores. Para o efeito, analisaremos o texto jurídico proposto, tratando alguns aspectos em matéria de estabelecimento do prestador de serviços da sociedade da informação, de comunicação comercial, de tratamento de contratos por via electrónica, de responsabilidade dos intermediários e de implementação da directiva (proposta).

5.1. Estabelecimento do Prestador de Serviços da Sociedade da Informação

1. Para começar, o acesso à actividade de prestador dos serviços da sociedade da informação está sujeito ao princípio de não autorização prévia. O prestador de serviços da sociedade da informação considera-se estabelecido no Estado-membro em que exerça, de forma efectiva, uma actividade económica através de uma instalação estável, por um período indefinido, independentemente da presença e da utilização de meios técnicos e de tecnologias para prestar o serviço (art. 4.º, 1, e art. 2.º-c).

Esta determinação do local de estabelecimento importa, desde logo, para atribuição de competência de supervisão prudencial ao Estado-membro de estabelecimento. O estabelecimento não está sujeito a autorização prévia, competindo porém ao Estado-membro, em cujo território um prestador de serviços da sociedade da informação esteja estabelecido, exercer a supervisão

prudencial relativamente ao cumprimento das exigências do “domínio coordenado” estabelecidas pela directiva proposta, à excepção das regras dos contratos por via electrónica que só serão aplicáveis por força das suas normas de direito internacional privado.

O sentido e limites da determinação do local de estabelecimento, que é operada de acordo com a jurisprudência europeia do Tribunal de Justiça, constitui objecto de esclarecimentos. Por um lado, quando se tratar de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio Internet, o local de estabelecimento não será aquele onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que o mesmo é acessível. Por outro lado, quando um prestador estiver estabelecido em mais de um Estado-membro, a jurisdição competente será a do Estado-membro em cujo território o prestador tiver o seu centro de actividades, sendo previstos mecanismos de cooperação entre os Estados-membros e a convocação urgente do Comité Consultivo para determinar o Estado-membro de estabelecimento em caso de dificuldades.

2. Para além do critério de definição de local de estabelecimento, é consagrada a proibição de regimes de autorização específicos para os serviços da sociedade da informação e, em matéria de informações a prestar, são fixadas determinadas exigências que os prestadores deverão satisfazer para garantir a transparência das suas actividades (arts. 2.º-c, 3.º e 4.º).

Esta obrigação de informação (art. 5.º) acresce às existentes nas legislações nacionais e na Directiva Contratos à Distância (97/7/CE), pois que 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 hiper-texto 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, o endereço em que o prestador se encontra estabelecido, coordenadas que permitam contactar o prestador rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele, incluindo o seu endereço de correio electrónico, registo em que se encontra inscrito e número de matrícula do mesmo, caso o prestador esteja inscrito num registo comercial, e número com que está registado na sua administração fiscal para efeitos de IVA, caso exerça uma actividade sujeita a IVA, etc.

5.2. Comunicação Comercial

1. A comunicação comercial é definida em termos amplos (art. 2.º-e). Abrange todas as formas de comunicação destinadas a promover directa ou indirectamente mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, de uma organização ou de uma pessoa com uma profissão liberal ou com uma actividade de comércio, indústria ou artesanato. Não obstante, esta noção é delimitada negativamente, dela sendo excluídos três grupos de situações em que comunicação se limita a incluir as coordenadas que permitam o acesso directo à actividade dessa empresa, organização ou pessoa, nomeadamente um nome de domínio ou um endereço de correio electrónico.

Primeiro, não constituirão comunicação comercial nem o simples facto de possuir um sítio na Internet, nem o facto de dar informação que não seja promoção. Segundo, não serão consideradas comunicação comercial formas de promoção independente como a ligação hiper-texto a um sítio WWW de comunicação comercial quando for criada sem relação financeira ou outra contrapartida proveniente da pessoa que possui esse sítio, nem ainda a menção de um nome de domínio ou de um endereço de correio electrónico, de um logótipo ou de uma marca, quando esta menção for feita sem relações financeiras ou outra contrapartida proveniente da pessoa que possui esse nome de domínio,

endereço, logótipo ou marca. Terceiro, não são abrangidas as comunicações relativas às mercadorias, serviços ou à imagem dessa empresa, organização ou pessoa, elaboradas de forma independente desta e, em particular, sem contrapartidas financeiras.

O critério parece radicar, portanto, na exclusão das mensagens de promoção de um produto, serviço, ou da imagem de uma empresa feita por um terceiro em total independência desta última, por exemplo, os serviços de testes de compras, as comparações de produtos, os concursos do melhor produto ou serviço.

2. Por outro lado, sem prejuízo da legislação comunitária relativa à publicidade (por ex., Directivas Publicidade Enganosa, Publicidade Comparativa, Produtos Farmacêuticos e Tabaco), a comunicação comercial está sujeita ao princípio da clara identificabilidade, quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao sujeito (art. 6.º).

No primeiro ponto, a comunicação comercial será identificável, por ex., se consistir numa faixa cujo conteúdo não deixar qualquer dúvida quanto à sua natureza, mas já não se tratar, por ex., de um sítio totalmente patrocinado por um interesse privado com vista a fazer promoção sem que isso seja mencionado. Quanto ao sujeito, este será identificável se, por ex., no caso de comunicação financiada, exista um ícone com uma ligação hipertexto a uma página que contenha informação que identifique a pessoa e seja visível no conjunto das páginas do sítio.

3. Em matéria de ofertas promocionais, estas são permitidas com a obrigação, porém, de serem previstas explicitamente informações sobre a sua natureza e condições de aplicação. De igual modo, para os concursos e jogos promocionais (com objectivos de comunicação comercial) é prevista uma obrigação de transparência, exigindo-se que sejam apresentadas as condições de participação através, por ex., de um ícone com ligação hiper-texto, sem prejuízo do disposto na Directiva Contratos à Distância.

4. O envio directo de comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou a grupos de discussão (spamming) também é regulamentada, no sentido de dever ser objecto de uma menção particular no sobrescrito em ordem a que o destinatário a possa identificar como tal antes de a abrir (art. 7.º). Além disso, considera-se que o art. 10.º, 2, da Directiva Contratos à Distância, e também o art. 12.º, 2, da Directiva Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE, 15.12.97), tratam a questão do consentimento do destinatário em certos casos de comunicação comercial não solicitada, sendo plenamente aplicáveis aos serviços da sociedade da informação (c. 11).

5. Por último, é permitida a comunicação comercial de profissões regulamentadas (art. 8.º), se bem que sujeitas às regras profissionais que lhes são aplicáveis, sendo de destacar as regras deontológicas relativas à publicidade. Incita-se, porém, os organismos que representam estas profissões a nível europeu a procurar, em respeito pelo direito comunitário, as adaptações e soluções comuns, apontando-se as especialidades e as tarifas como tipos de informação com especial relevo.

5.3. Contratos por Via Electrónica

1. Em matéria de contratos por via electrónica, a Proposta destina-se a tornar possível o recurso efectivo a este modo de contratação (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 diferentes 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).

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 (já não se o prestador se limita a responder a um convite à apresentação de propostas), 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 (considerando-se que a aceitação de celebrar o contrato, por parte do destinatário do serviço, pode consistir em efectuar o pagamento em linha) e tiver confirmado a recepção desse aviso (considerando-se que o aviso de recepção por um prestador pode ser constituído pelo fornecimento em linha do serviço pago); 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).

2. Estas regras não prejudicam, porém, o acervo comunitário essencial para a protecção do consumidor constituído pelas Directivas Cláusulas Abusivas e Contratos à Distância, que se aplicam integralmente aos serviços da sociedade da informação.

De igual modo considera-se que a confidencialidade das mensagens electrónicas está já assegurada pelo art. 5.º da Directiva Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações, 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 se efectua através de códigos de cartões electrónicos de pagamento (visa).

3. Este regime trata apenas do problema do valor jurídico dos contratos por via electrónica. A questão da validade jurídica das assinaturas digitais é tratada complementarmente na Proposta de Directiva sobre Assinaturas Electrónicas.

O princípio que se afirma é o de que os Estados-membros deverão assegurar que não sejam negados às assinaturas electrónicas os efeitos, validade e aplicabilidade jurídicos com fundamento apenas no facto de as assinaturas revestirem forma electrónica ou de não se basearem seja num certificado qualificado seja num certificado emitido por um fornecedor de serviços de certificação acreditado; além disso, na medida em que as assinaturas electrónicas sejam baseadas num certificado qualificado emitido por um fornecedor de serviços de certificação que satisfaça os requisitos do Anexo II, os Estados-membros deverão assegurar que essas assinaturas electrónicas sejam equiparadas às assinaturas que satisfazem os requisitos legais de uma assinatura manuscrita, sendo, à semelhança destas, admissíveis como prova para fins processuais (art. 5.º).

5.4. Responsabilidade dos Prestadores de Serviços da Sociedade da Informação

1. São estabelecidos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação quando desempenham apenas um papel de meros intermediários em relação a actos ilícitos praticados por outras pessoas. Trata-se de actividades que se caracterizam pelas informações serem prestadas pelos destinatários do serviço (1) e de serem transmitidas ou armazenadas a pedido dos destinatários do serviço (2).

Os limites de responsabilidade são fixados de forma horizontal, isto é, dizem respeito à responsabilidade por todos os tipos de actividades ilícitas em linha a que terceiros se dediquem (por ex., a pirataria em matéria de direitos de autor, a concorrência desleal, a publicidade enganosa).

2. São três os tipos de exoneração de responsabilidade: o simples transporte ou “mere conduit”, o “caching”, e a armazenagem em servidor.

Relativamente ao primeiro (art. 12.º), trata-se dos casos em que o prestador de serviços se limita a veicular as informações a terceiros (os destinatários do serviço), isto é, o prestador desempenha um papel passivo na transmissão das informações pelas redes de comunicações. Isso significa que ele não deve tomar a decisão de efectuar essa transmissão, nem seleccionar os destinatários da transmissão, nem ainda seleccionar ou modificar as informações que são objecto de transmissão. Esta exoneração abrange também os actos de armazenagem intermédia e transitória que são tecnicamente necessários para aquela transmissão.

No que respeita ao segundo grupo de casos (art. 13.º), trata-se de actos de armazenagem temporária efectuados pelo prestador de serviços com o objectivo de aumentar o desempenho e a rapidez das redes digitais, não constituindo enquanto tal uma exploração autónoma da informação transmitida (“system caching”). Na realidade, para facilitar o ulterior acesso dos utilizadores à informação são realizadas cópias da informação colocada em linha e transmitida por terceiros, sendo essas cópias armazenadas de forma temporária no sistema ou na rede do operador.

Por último, é também limitada a responsabilidade em certas circunstâncias relativamente ao armazenamento das informações fornecidas pelos destinatários do serviço quando efectuada a pedido dos mesmos (por ex., o fornecimento de um espaço servidor de um sítio na rede). Se o prestador tiver conhecimento efectivo, ou devesse ter, da actividade ilícita do utilizador do seu serviço, e não tomar rapidamente as medidas necessárias para retirar as informações correspondentes ou impossibilitar o acesso às mesmas, então não será exonerado de responsabilidade.

3. Ainda em sede de responsabilidade, não é imposta aos prestadores qualquer obrigação geral de verificar ou controlar activamente o conteúdo das informações de terceiros, se bem que as autoridades judiciais possam solicitar a um servidor que controle, por exemplo, um sítio específico num determinado período, a fim de impedir ou de combater uma determinada actividade ilícita (art. 15.º).

5.5. Implementação

1. Para a consolidação da aplicação efectiva da regulamentação comunitária e das legislações nacionais existentes, ao invés da elaboração de novas regras, procura-se promover a elaboração de códigos de conduta à escala comunitária (art. 16.º) e facilitar a criação de outros sistemas eficazes de resolução de litígios a nível transfronteiriço (art. 17.º). De igual modo, estabelece a obrigação de os

Estados-membros implementarem um sistema de recurso jurídico rápido e eficaz adaptado à Internet (art. 18.º) e de incrementarem a cooperação administrativa entre si (art. 19.º).

2. Em especial é de referir o facto de obrigar os Estados-membros a assegurarem que os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo apliquem, no respeito do direito comunitário, os princípios da independência, da transparência, do contraditório, da eficácia do procedimento, da legalidade da decisão, da liberdade das partes e da representação (art. 17.º, 2).

Trata-se de princípios respeitantes apenas aos litígios de consumo, antes já enunciados na Recomendação 98/257/CE da Comissão, de 30 de Março de 1998, e explicitados na Comunicação da Comissão, da mesma data, sobre a resolução extrajudicial dos conflitos de consumo [COM(98) 198 final].

5. 6. Alguns Problemas

1. Esta breve análise dos aspectos jurídicos do comércio electrónico regulados pela Proposta de Directiva permite compreender, em certos termos, o modo como visa prosseguir o propósito, exposto no plano dos motivos, de garantir uma elevada protecção dos consumidores.

Não obstante, esse nível de protecção foi considerado insuficiente. Com efeito, a Proposta não seria sustentada por uma estratégia que assegurasse aos consumidores, ao mesmo tempo, os benefícios potenciais do comércio electrónico e elevados padrões de marketing, condutas comerciais e protecção dos consumidores. Nesta abordagem, orientada por uma estratégia de política do consumidor na regulamentação do comércio electrónico, dever-se-ia evitar a redução dos padrões de protecção do consumidor, redução essa possível e provável em razão da existência de importantes diferenças de nível e de forma dentro da União Europeia.

De igual modo, deveriam ser criadas regras e padrões comuns elevados, utilizando todos os meios disponíveis apropriados no sentido de regras legais e de auto-regulamentação devidamente coordenadas. Dever-se-ia, ainda, ser capaz de responder aos novos desafios e problemas resultantes de mudanças dos métodos de marketing em conjunto com o desenvolvimento do comércio electrónico. Por último, deveriam ser procuradas soluções apropriadas para a União Europeia e capazes de enfrentar o desafio global.

Nesta perspectiva, a Proposta não providenciaria uma estratégia coerente e integrada para lidar com os complexos desafios e os potenciais benefícios e problemas do comércio electrónico. Para começar, seria criticável o âmbito universal do princípio do país de origem, em virtude da inexistência de um nível de harmonização mais elevado em matéria de protecção dos consumidores (por ex., no que respeita à publicidade dirigida a menores). Depois, o âmbito da Proposta pecaria por falta de clareza, parecendo ter precedência sobre níveis mais elevados de protecção estabelecidos pelos Estados-membros no quadro da legislação europeia de harmonização mínima (por ex., em matéria de publicidade enganosa, contratos à distância, crédito ao consumo, cláusulas abusivas, viagens organizadas, time-sharing, etc.). Acresce que a inexistência de um quadro legal que capaz integrar e garantir a eficácia da auto-regulação da indústria (por ex., códigos de conduta), juntamente com a inadequação do princípio do país de origem para proteger os consumidores europeus numa abordagem global do comércio electrónico, conduziria à concorrência entre legislações de mais baixos níveis de protecção dos consumidores como instrumento de promoção do estabelecimento dos prestadores de serviços da sociedade da informação. Por último, apontar-se-ia ainda o facto de a Proposta não ter em conta as mudanças dos métodos de marketing, sendo de destacar o facto de a

distinção dos media tradicionais entre publicidade e conteúdo editorial poder ser eliminada no comércio electrónico em razão das tecnologias cada vez mais sofisticadas de processamento de dados e de personalização interactiva de mensagens.

2. Nesta orientação, as aludidas insuficiências da Proposta de Directiva seriam supríveis mediante a introdução de dois tipos de alterações.

Por um lado, a imposição universal do princípio do país de origem no domínio do comércio electrónico deveria ser suprimido da Directiva (art. 3.º, 2). Em sua substituição introduzir-se-ia uma norma prevendo o desenvolvimento de critérios para definir em que casos se aplicaria o princípio do país de origem ou antes o princípio do país de destinação. O procedimento para estabelecer estes critérios deveria ser decidido em conjunto com o Comité Consultivo da Comissão.

Esta alteração resultaria do desenvolvimento de princípios para determinar as regras que deveriam ser observadas em matéria de marketing. Tais princípios permitiriam determinar em que casos deveria ser aplicada a lei do país de origem ou antes a lei do país de destinação. Sendo que na sua formulação deveriam ser tidos em conta, entre outros, factores como: a) a especificidade dos mercados visados, sujeitando-se os prestadores destes serviços a regras específicas consoantes os respectivos mercados; b) a especificidade dos consumidores visados, podendo aplicar-se regimes diferentes, por exemplo, no marketing dirigido a crianças; c) a existência de regras harmonizadas ou códigos de conduta; d) diferentes expectativas dos consumidores.

Por outro lado, a futura Directiva deveria prever uma obrigação de os prestadores de serviços actuarem lealmente e de cumprirem os mais elevados padrões de protecção, particularmente no que respeita ao marketing dirigido às crianças. Nesse sentido deveria ser consagrado um princípio geral de concorrência leal, o qual forneceria o quadro básico para o desenvolvimento de regras detalhadas (por ex., códigos de conduta) a ser aplicadas a diferentes práticas de marketing. Sendo que o procedimento para estabelecer estas regras detalhadas (códigos de conduta) bem como o papel que lhes é atribuído deveria ser decidido em conjunto com o Comité Consultivo da Comissão.

Esta segunda alteração daria satisfação à necessidade de elaborar elevados padrões comuns (harmonizados) de marketing para as transacções do comércio electrónico. Tal incluiria normas legais harmonizadas, algumas específicas, outras formulando princípios mais gerais. De igual modo, os códigos de conduta poderiam jogar um papel importante na criação de padrões comuns, mas apenas se estivessem ligados ao quadro legal. Dentro das várias maneiras pelas quais os códigos de conduta poderiam estar ligados a um quadro legal básico, seria de referir a utilização de uma cláusula geral de seguir práticas leais de marketing, através de uma alteração à Directiva Publicidade Enganosa, ou a inclusão de uma norma específica na actual Proposta. A obrigação de marketing leal considerar-se-ia cumprida através da adesão, em certas circunstâncias, a um código de conduta.

3. Assim, esta argumentação crítica atinge a Proposta de Directiva em dois aspectos distintos. Primeiro, aponta no sentido da necessidade do desenvolvimento de elevados padrões comuns de marketing, utilizando um misto de normas legais vinculantes e de códigos de conduta (“soft law”) ligados às regras legais através de uma obrigação geral de práticas leais de marketing. Segundo, ao invés da aplicação universal do princípio do país de origem, é proposta uma abordagem dinâmica e atenta às especificidades de diferentes grupos de casos na determinação do princípio do país de origem ou antes do princípio do país de destinação.

Vamos tratar principalmente este segundo problema, que tem a ver com os potenciais efeitos negativos em termos de padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro em razão da aplicação universal do princípio do país de origem. E, para apreciar os efeitos negativos que a Proposta pode ter em sede de padrões normativos de protecção dos consumidores ao nível da legislação dos Estados-membros em domínios não harmonizados ou objecto apenas a harmonização mínima, interessa analisar, ainda, um aspecto do regime previsto na Proposta.

§ 6. Delimitação do Âmbito de Aplicação e Derrogações ao Princípio do País de Origem

1. O âmbito de aplicação da directiva proposta é limitado à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre Estados-membros (art. 1.º, 1). Isto significa que não se aplica aos serviços provenientes de prestadores de serviços estabelecidos em países terceiros, que ficam sujeitos ao controlo do país de destinação, se bem que se considere que, dada a dimensão mundial do comércio electrónico, deverá ser garantida a coerência do quadro comunitário com o quadro internacional, em termos de não interferir, nomeadamente, com os resultados das discussões em curso nas organizações internacionais (OMC, OCDE, CNUDCI).

Por outro lado, assume especial relevo o Capítulo IV relativo às exclusões do âmbito de aplicação e derrogações. Justificado em virtude do vasto âmbito de aplicação da directiva e da necessidade de garantir um certo grau de flexibilidade e de margem de manobra na sua implementação, este capítulo prevê determinadas exclusões e derrogações ao âmbito de aplicação que interessa analisar.

Para começar, o art. 22.º, 1, afasta expressamente do âmbito de aplicação da directiva, entre outros, as actividades de serviços da sociedade da informação enunciadas no Anexo I. São: as actividades de notariado; representação e defesa de um cliente em tribunal; e as actividades de jogos a dinheiro, excepto as efectuadas para fins de comunicação comercial. Estas actividades são excluídas por não ser possível garantir a livre prestação dos serviços entre Estados-membros em razão da ausência de reconhecimento mútuo ou de harmonização suficiente para assegurar um nível de protecção equivalente dos objectivos de interesse geral.

2. Depois, o princípio do país de origem é afastado expressamente, em determinados grupos de casos, através da chamada derrogação à “cláusula mercado interno”. Dispõe o art. 22.º, 2, que o art. 3.º (princípio do país de origem) não se aplica aos domínios enunciados no Anexo II. Ora, entre vários outros domínios, como a propriedade intelectual, a emissão de moeda electrónica e os seguros (vida e não vida), a directiva não se aplica às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, nem à comunicação não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação individual equivalente.

Para justificar essa derrogação aduz-se claramente que certas matérias específicas não podem beneficiar do país de origem em razão de impossibilidade de aplicar o princípio de reconhecimento mútuo resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça em sede de princípios de livre circulação previstos no Tratado (1), ou de ausência de harmonização suficiente capaz de garantir um nível de protecção equivalente nos Estados-membros nos casos em que não fosse possível o reconhecimento mútuo (2), ou de disposições de directivas existentes claramente incompatíveis com o princípio do país de origem em virtude de preverem explicitamente a realização do controlo no país de destinação (3).

Pondo de parte a problemática da protecção dos consumidores de seguros, em especial no que respeita aos deveres de informação legalmente consignados a cargo do prestador do serviço, sempre interessa referir que dois domínios de protecção dos consumidores são expressamente contemplados nesta derrogação da “cláusula mercado interno”. Trata-se, por um lado, das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, considerando-se que estas obrigações contratuais devem ser interpretadas como abrangendo as informações sobre elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar (c. 19). Trata-se, ainda, por outro lado, da comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação individual equivalente.

Nestes domínios, para além da supervisão prudencial a que os prestadores de serviços da sociedade da informação estão sujeitos no Estado-membro de estabelecimento (país de origem), cabe ainda aos Estados-membros de destinação (país de recepção) exercer o controlo adicional da actividade dos prestadores destes serviços. São dois grupos de casos em que a aplicação universal do princípio do país de origem é derogada, permitindo aos países de destinação exercer o controlo adicional em função das suas próprias legislações.

Assim, os domínios das obrigações pré-contratuais (por ex., regras de informação) e de marketing directo (via correio electrónico) são expressamente ressalvados pela Proposta, não sendo abrangidas pelo princípio do país de origem. Pelo que, nestes domínios, não será justificado o receio de redução dos padrões normativos de protecção dos consumidores, visto estarem expressamente excluídos do princípio do país de origem.

Acresce tratar-se de dois tipos de situações que a Proposta regula (art. 7.º - identificabilidade da comunicação comercial não solicitada; art. 10.º - informações a prestar na constituição de um contrato por via electrónica). Isto significa que, ao controlo a que os prestadores dos serviços da sociedade da informação estarão sujeitos no país de origem (supervisão prudencial) em razão deste “domínio coordenado” da directiva, acrescerá o controlo adicional por parte dos Estados-membros de destinação, quer em razão desse mesmo regime, quer em virtude dos regimes aí vigentes nesses domínios (obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores; comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação individual equivalente).

Todavia, o facto de estes dois importantes domínios de protecção dos consumidores não estarem sujeitos ao princípio do país de origem, tal não significa necessariamente que a crítica ao referido âmbito universal deste princípio perca a sua razão de ser. Com efeito, muitos outros domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima ficariam ainda cobertos por aquele princípio, o qual poderia ter aí o efeito da redução dos padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro.

Assim, por exemplo, certos grupos-alvo de práticas de marketing poderiam não beneficiar ou deixar de beneficiar de protecção especial, como as crianças. Porém, a Proposta contempla ainda um outro tipo de derrogações, que importa analisar, por conseguinte.

3. Com efeito, são ainda previstas derrogações à livre prestação de serviços em casos específicos. O art. 22.º, 3, permite às autoridades competentes dos Estados-membros a adopção, em conformidade com o direito comunitário, de medidas que visem restringir a livre circulação de um serviço da sociedade da informação. Essas medidas seriam consideradas incompatíveis com o n.º 2 do art. 3.º, que proíbe aos Estados-membros restringirem a livre circulação dos serviços da sociedade

da informação provenientes de outro Estado-membro por razões que se prendem com o domínio coordenado da directiva.

Porém, a adopção de medidas no exercício da faculdade concedida por estas derrogações não é livre, antes sendo vinculada à “conformidade com direito comunitário”. Para o efeito, a adopção destas medidas restritivas fica sujeita a um quadro regulamentar de condições (art. 22.º, 3). Primeiro, as medidas devem ser justificadas por uma das razões enunciadas, entre as quais se conta a defesa do consumidor a par com a segurança pública, a protecção da saúde e a ordem pública, em especial a protecção de menores ou a luta contra a instigação ao ódio com base na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade.

Segundo, para além de necessárias por alguma ou algumas destas razões, tais medidas devem ser tomadas relativamente a um serviço da sociedade da informação que lese aqueles objectivos (ordem pública, protecção do consumidor, protecção da saúde, etc.) ou que comporte um risco sério e grave para a prossecução desses objectivos. Terceiro, tais medidas devem ainda ser proporcionais às razões que justificam a sua adopção.

Para além destas condições relativas às características da medida restritiva (necessidade, adequação, proporcionalidade), são ainda estabelecidas condições quanto ao comportamento do Estado-membro que as adopta. Na verdade, prevê-se que, antes da adopção de tais medidas, o Estado-membro de recepção (país de destinação) deverá solicitar ao Estado-membro de estabelecimento do prestador de serviços (país de origem) a adopção de medidas, sem que este as tenha tomado ou que o tenha feito em termos insuficientes; o Estado-membro de recepção deverá ainda notificar a Comissão e o Estado-membro de estabelecimento da sua intenção de tomar tais medidas. Não obstante, em vista da rapidez dos prejuízos e danos eventualmente sofridos, é facultado aos Estados-membros a instituição de um procedimento cautelar nas suas legislações, nos termos do qual, em caso de urgência, as referidas condições de solicitação e notificação não se aplicam, se bem que as medidas adoptadas devam ser comunicadas à Comissão e ao Estado-membro de estabelecimento do prestador de serviços com a maior celeridade possível, aduzindo as razões justificativas da situação de urgência.

Por último, as derrogações à livre prestação de serviços nestes casos específicos estão sujeitas a um procedimento de vigilância por parte da Comissão, a qual poderá deliberar sobre a compatibilidade das medidas restritivas com o direito comunitário, devendo o Estado-membro, em caso de decisão negativa, abster-se de tomar as medidas previstas ou pôr termo urgentemente às medidas já tomadas nos termos do procedimento cautelar. Em comentário à norma, esclarece-se que, no exercício dos poderes deste procedimento de vigilância ou controlo, a abordagem da Comissão deverá ser flexível, destinando-se sobretudo a evitar casos de restrições disfarçadas ou desproporcionadas à livre prestação dos serviços não justificadas pela protecção de interesses essenciais da sociedade em cada Estado-membro. Como exemplo de uma medida restritiva considerada necessária e proporcional à protecção de um interesse essencial da sociedade aponta-se uma proibição de recepção num Estado-membro de mensagens racistas.

6.1. Restrições à Liberdade de Prestação de Serviços da Sociedade da Informação

1. Este grupo de derrogações (art. 22.º, 3) suscita algumas dúvidas quanto ao seu sentido e alcance. A defesa do consumidor é apontada como uma das razões justificativas da necessidade de adopção pelos Estados-membros de medidas restritivas, ainda que a título cautelar, à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre eles, nos referidos termos. Contudo, a norma parece

admitir dois sentidos interpretativos com resultados divergentes em sede de resposta ao problema da diminuição dos padrões normativos de protecção dos consumidores.

Por um lado, parece que cada Estado-membro poderia controlar o respeito pelas suas leis de protecção dos consumidores em relação aos prestadores de serviços da sociedade da informação recebidos no seu território. Ora, se assim fosse, os receios quanto aos efeitos negativos do âmbito universal do país de origem seriam infundados, porquanto, em última análise, a Proposta de Directiva teria reservado a cada Estado-membro a observância pelos seus padrões normativos de protecção dos consumidores.

Pelo que não seria necessário proceder à análise das legislações dos Estados-membros em matéria de consumo em relação a domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima, uma vez que se efectivamente o problema se viesse a colocar em concreto, sempre competiria às autoridades competentes de cada Estado-membro invocar a derrogação constante do art. 22.º, 3, em ordem a proteger os consumidores no seu território de acordo com as suas leis.

Por outro lado, contudo, é importante referir que esta derrogação não se aplica a todo o art. 3.º, mas apenas ao art. 3.º, 2, nos termos do qual nenhum Estado-membro pode, por razões que se prendem com o domínio coordenado da directiva proposta, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro. Parece assim que as medidas restritivas adoptadas por um Estado-membro em razão da necessidade de defesa do consumidor destes serviços deveriam integrar o domínio coordenado da directiva proposta. Por outras palavras, o Estado-membro, actuando no exercício da faculdade concedida pelo art. 22.º, 3, só poderia restringir a livre prestação de serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro em relação a exigências aplicáveis aos prestadores destes serviços e a esses mesmos serviços, como é definido o “domínio integrado” (art. 2.º-f).

Ora, justamente, poder-se-ia objectar a que a legislação nacional dos Estados-membros em matéria de direitos dos consumidores integrasse esse domínio coordenado. Idêntica indefinição aparente do conceito de domínio coordenado resulta do art. 3.º, 1, onde se dispõe que cada Estado-membro assegura que os serviços da sociedade da informação fornecidos por um prestador estabelecido no seu território respeitem as disposições nacionais nele aplicáveis que decorram do domínio coordenado da directiva proposta.

2. Assim, o problema está em saber quais as disposições nacionais que decorrem do domínio coordenado, para determinar assim se a protecção do consumidor integra este domínio. É isso também que resulta da anotação à alínea f) do art. 2.º: esta definição permite determinar as regulamentações nacionais cujo respeito deverá ser garantido pelos Estados-membros por força do art. 3.º, entendendo-se que abrange todas as exigências que podem impor-se a um operador que actue como prestador de serviços da sociedade da informação ou aos serviços da sociedade da informação.

Pelo que, em suma, se se entender que a legislação nacional em matéria de direitos dos consumidores integra o domínio coordenado, então não serão fundados os receios de diminuição dos padrões nacionais de defesa dos consumidores. Se, pelo contrário, for de considerar que o domínio coordenado não abrange a legislação nacional dos direitos dos consumidores, então já as críticas terão fundamento. Uma terceira via é considerar que o domínio coordenado integra os direitos dos consumidores, pois que a Proposta de Directiva até se destina a garantir um elevado grau de protecção, mas que esses direitos são apenas os consagrados em medidas de harmonização comunitária e na própria Proposta de Directiva.

3. A nosso ver, o domínio coordenado abrange os direitos dos consumidores. Na realidade, resulta da análise dos termos da Proposta que uma das matérias que integram o domínio coordenado da directiva proposta é justamente a defesa dos consumidores. Nessa medida, o Estado-membro de estabelecimento deverá assegurar que os serviços da sociedade da informação fornecidos por um prestador estabelecido no seu território respeitem as suas legislações em matéria de direito dos consumidores (art. 3.º, 1).

Este controlo prudencial exercido pelo Estado-membro de estabelecimento torna dispensável, em princípio, o controlo adicional pelo país de destinação, o qual não poderá mesmo, em princípio, por razões que se prendam com o domínio coordenado da directiva proposta, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro (art. 3.º, 2). Todavia, em derrogação a este princípio, o art. 22.º, 3, permite que, em certos termos, os Estados-membros de destinação (país de recepção) adoptem medidas restritivas a essa liberdade por razões, nomeadamente, de defesa do consumidor.

Ora, este controlo adicional destina-se a garantir a observância de direitos dos consumidores, sejam esses direitos garantidos por medidas de harmonização, incluindo a própria Proposta, sejam esses direitos instituídos pelo próprio Estado-membro em matérias não harmonizadas ou em reforço de harmonização mínima.

A referência que a Proposta faz por diversas vezes ao acervo comunitário (às medidas de harmonização em sede do consumo) não terá, portanto, um carácter limitador, mas antes uma natureza de garantia mínima. Ou seja, este controlo adicional poderá ser exercido para que sejam observadas, ao menos, essas regras de protecção dos consumidores já harmonizadas a nível comunitário.

Mas tal não significa que o Estado-membro de recepção não possa controlar também o respeito pela sua legislação do consumo nos termos referidos. Isto é, mesmo que o país de origem observe todo o direito europeu do consumo, mesmo assim o país de recepção ainda poderá, em razão da defesa do consumidor, controlar a observância no seu território do seu direito dos consumidores.

Em suma, o domínio coordenado abrange uma série de matérias cujas disposições nacionais serão aplicáveis e controláveis pelo Estado-membro de estabelecimento. Além disso, fica reservado aos Estados-membros de recepção o controlo adicional das suas legislações em certas matérias que integram esse domínio coordenado, entre elas se contando a defesa do consumidor, a par, inter alia, com razões de ordem pública.

Este controlo adicional poderá traduzir-se em medidas restritivas à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre os Estados-membros. Mas é a própria Proposta de Directiva que prevê esta possibilidade, limitando o âmbito universal do princípio do país de origem.

Neste sentido, parece ser legítimo concluir que cada Estado-membro poderá controlar, nos termos referidos, o respeito pelo seu direito dos consumidores em matéria de prestação de serviços da sociedade da informação. Na realidade, sendo objectivo da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico garantir um elevado nível de defesa dos consumidores, tal justifica não apenas a consagração de especiais medidas destinadas a acautelar os interesses dos consumidores no comércio electrónico, mas também a introdução de uma cláusula de derrogação que permite aos Estados-membros por razões, inter alia, de defesa dos consumidores restringir a livre prestação de serviços da sociedade da informação provenientes de outros Estados-membros, quer por não terem sido

observadas regras harmonizadas em matéria de direito dos consumidores, quer por não respeitarem as legislações nacionais neste domínio.

4. Porém, a adopção destas medidas restritivas da liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu fica, porém, excepto em casos de urgência, sujeita a um procedimento especial de cooperação e notificação entre os Estados-membros. Além disso, fica, em qualquer caso, sujeita também ao procedimento de vigilância ou controlo por parte da Comissão, que pode deliberar sobre a compatibilidade das medidas com o direito comunitário (art. 22.º, 3-d).

Não obstante, importa frisar que este controlo da compatibilidade das medidas restritivas adoptadas pelo Estado-membro de recepção no exercício dos seus poderes de supervisão adicional com o direito comunitário não se destina a verificar a observância do direito comunitário derivado em matéria de direito dos consumidores, mas antes, segundo nos parece, a conformidade com os critérios de adopção de medidas restritivas à livre prestação de serviços no mercado europeu. Trata-se, portanto, de controlar se, a propósito da defesa dos consumidores, não se está a introduzir restrições a esta liberdade fundamental do mercado interno, restrições essas que não sejam, na realidade, necessárias, adequadas ou proporcionais à defesa efectiva dos direitos dos consumidores.

Donde decorrerá, ainda, que não se trata apenas de controlar a conformidade das medidas restritivas com o direito comunitário derivado em sede do consumo, pois que na generalidade dos casos tratar-se-á de medidas de harmonização mínima que reservam aos Estados-membros a possibilidade de introduzir, portanto, reforços adicionais de defesa dos consumidores, para além do mínimo prosseguido pela harmonização comunitária, segundo os seus próprios padrões normativos de defesa dos consumidores.

Isto significa, por outro lado, que há uma diferença de grau substancial entre as derrogações previstas no art. 22.º, 2, e as previstas no n.º 3 desse mesmo artigo. Com efeito, em relação às primeiras, não se aplica todo o art. 3.º, querendo isso significar que, em matéria nomeadamente de obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e à comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação individual equivalente, o princípio da supervisão prudencial não se aplica de pleno. Isto é, competirá a cada Estado-membro, em que os serviços da sociedade da informação sejam prestados, controlar livremente a observância das suas próprias regulamentações nestas matérias. No que respeita às segundas, a adopção de medidas restritivas à liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu, se bem que possa ser justificada por razões de defesa do consumidor (a par com outras razões de interesse geral), fica sujeita a um procedimento especial de cooperação entre os Estados-membros e de controlo por parte da Comissão.

5. Não obstante — *et pour cause* —, será importante referir que, em última instância, os padrões normativos de cada Estado-membro em sede de defesa dos consumidores, no domínio da prestação de serviços da sociedade da informação, ficaria sujeito ao controlo da Comissão. É dizer, ao invés da cláusula de derrogação mercado interno (art. 22.º, 2), a cláusula de derrogações em casos específicos (art. 22.º, 3) não permite aos Estados-membros aplicarem livremente as suas regras de protecção dos consumidores nesta matéria, em virtude de tais regras poderem traduzir-se em medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu.

Na realidade, em última instância, competirá à Comissão pronunciar-se sobre a conformidade de tais medidas ao direito comunitário, devendo o Estado-membro, em caso de decisão negativa, abster-

se de tomar tais medidas ou pôr termo urgentemente às medidas já tomadas. A questão estará em saber, por conseguinte, se a Comissão é de opinião que o direito comunitário derivado em matéria de defesa dos consumidores oferece um nível de protecção suficientemente elevado, de acordo com o objectivo exposto na Proposta.

E, para tratar esta problemática, convém ter presente que a Resolução do Conselho de Ministros, de 3 de Novembro de 1998, sobre a dimensão consumerista da sociedade da informação salientou que a defesa dos consumidores merecia uma protecção especial no quadro desta sociedade, e que, seguindo essa orientação, a Comissão propõe-se estudar os termos em que as regras de defesa do consumidor existentes fornecem uma protecção adequada no que diz respeito à sociedade da informação, identificando as possíveis lacunas dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais, e devendo, se for caso disso, apresentar propostas específicas adicionais com vista a colmatar as lacunas assim identificadas (c. 23).

Ora, parece-nos ser este o reconhecimento claro de que a Comissão não defende que as diversas directivas em matéria de direitos dos consumidores definem completamente o quadro jurídico aplicável ao nível dos serviços da sociedade da informação. Na realidade, se a Comissão já tivesse estudado os termos em que as regras de defesa dos consumidores existentes fornecem uma protecção adequada relativamente à sociedade da informação, então seria sustentável que o controlo da conformidade ao direito comunitário das medidas restritivas adoptadas pelos Estados-membros fosse limitado às regras de harmonização já existentes.

Porém, reconhece-se claramente que esse estudo ainda não foi feito. E é isso mesmo que justifica a cláusula de derrogações específicas (art. 22.º, 3). Isto é, admite-se a existência de lacunas neste domínio, para cuja integração poderão ser propostas medidas específicas adicionais. Contudo, enquanto tal não suceder, permite-se aos Estados-membros a adopção de medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação em razão da necessidade de defesa do consumidor.

Tratar-se-á, pois, de regras nacionais adoptadas em domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima, mas que poderão ser objecto, no futuro, de harmonização completa. Enquanto tal não suceder, poderão os Estados-membros aplicar as suas regras de defesa do consumidor a estes serviços, na medida em que não contrariem o direito comunitário, e nos termos referidos do procedimento de cooperação e controlo.

6. Assim sendo, poder-se-á dizer ainda que, apesar das derrogações estabelecidas, tal poderá conduzir a uma eliminação ou, pelo menos, redução dos padrões normativos de defesa dos consumidores praticados em cada Estado-membro. Tal será o caso se a Comissão decidir que as regras nacionais, cuja observância o Estado-membro pretende, não estão em conformidade com o direito comunitário, em termos de não serem necessárias, adequadas ou proporcionais à defesa dos consumidores de serviços da sociedade da informação.

Isto é, fora daqueles casos de derrogação ao mercado interno (art. 22.º, 2) — resultantes de impossibilidade de aplicar o princípio do reconhecimento mútuo, ou de harmonização suficiente, ou ainda de disposições de directivas claramente incompatíveis com o art. 3.º em razão de preverem o controlo pelo país de destino —, fora destes casos a política de defesa dos consumidores de serviços da sociedade da informação ficará sujeita à vigilância da Comissão, que poderá pronunciar-se pela sua não conformidade ao direito comunitário.

O que não significa que toda e qualquer medida nacional de protecção dos consumidores mais elevada do que a constante das medidas de harmonização venha a ser julgada não conforme com o direito comunitário, em especial quando se trate de matérias não harmonizadas ou sujeitas apenas a medidas de harmonização mínima.

O critério de controlo é o respeito de regras cujo objectivo seja proteger interesses essenciais da sociedade. Tais regras, que abrangem o domínio da defesa dos consumidores, poderão justificar restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu.

Nessa medida, a Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico salvaguarda uma margem de discricionariedade de cada Estado-membro na definição da sua política de defesa dos consumidores, através da adopção de medidas que sejam necessárias, adequadas e proporcionais a este objectivo. Sendo que tal margem existirá enquanto não for estabelecida uma harmonização completa, que institua um direito europeu do consumo único para os serviços da sociedade da informação.

7. Contra este entendimento poder-se-ia invocar, porém, o preceito da Proposta de Directiva nos termos do qual a directiva completa o direito comunitário aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível existente de protecção da saúde pública e do consumidor, estabelecido pelos instrumentos comunitários, incluindo os que foram adoptados para efeitos do funcionamento do mercado interno (art. 1.º, 3). Ou seja, poder-se-ia dizer que a Proposta de Directiva traria uma harmonização completa do regime jurídico dos serviços da sociedade da informação, incluindo os aspectos relacionados com a protecção dos consumidores.

Nessa medida, isto é, tratando-se de uma harmonização completa, ficaria vedado aos Estados-membros a possibilidade de adopção de medidas nacionais contrárias ao direito comunitário neste domínio. Todavia, não nos inclinamos para este sentido, em razão de uma análise mais demorada do teor da Proposta. Desta análise, poderemos ainda extrair dois argumentos.

O primeiro está consagrado na anotação ao art. 1.º, escrevendo-se que o objectivo principal da Proposta é assegurar a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu, excepto em caso de derrogação. Esclarece-se ainda que o acervo comunitário se mantém, em especial no domínio da defesa dos consumidores.

Isto é, no plano do direito comunitário os consumidores beneficiarão, para além das especiais medidas previstas na Proposta, dos direitos garantidos em diversas medidas de harmonização aplicáveis aos serviços da sociedade da informação. A observância destes direitos deverá ser efectuada a título prudencial pelo Estado-membro.

Mas a defesa dos consumidores justifica ainda uma série de derrogações ao princípio do país de origem, permitindo aos Estado-membros de destinação o controlo adicional dos direitos dos consumidores garantidos em medidas de harmonização e, ainda, segundo nos parece, nos termos do procedimento previsto, das suas legislações nacionais em matéria do consumo.

O segundo argumento colhe-se no preâmbulo da Proposta (5, 6), reforçando o sentido sustentado das derrogações previstas no art. 22.º, 3. Na realidade, considera-se que a Proposta é plenamente coerente com a necessidade de respeitar o princípio da subsidiariedade, uma vez que trata apenas de certas questões específicas que levantam problemas ao mercado interno.

De igual modo, considera-se que a Proposta é consonante ao princípio da proporcionalidade uma vez que as suas medidas se limitam ao mínimo requerido para atingir o objectivo do bom funcionamento do mercado interno, devendo assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a defesa do consumidor, sempre que seja necessário intervir a nível

comunitário e a fim de garantir que o espaço europeu seja realmente isento de fronteiras internas para o comércio electrónico.

8. Um outro aspecto que importa considerar é o facto de o direito dos consumidores ser um direito marcadamente económico. Trata-se de regras que regulam o acto económico do consumo. Pelo que, estaremos num domínio extremamente sensível às exigências normativas do mercado europeu, nomeadamente à liberdade de circulação de mercadorias e de prestação de serviços.

Vale isto por dizer que, ao contrário de domínios não directamente relacionados com o funcionamento do mercado interno, o grau de liberdade política deixada aos Estados-membros é reduzido, pois que a adopção de regras neste domínio ficará sempre sujeita ao direito económico europeu.

O consumo contende directamente, portanto, com o funcionamento do mercado. Nessa medida, as leis nacionais do consumo estarão sempre sujeitas ao seu controlo de conformidade em relação ao direito comunitário, em especial, neste contexto, à liberdade de prestação de serviços.

A inexistência de harmonização completa do direito dos consumidores de serviços da sociedade da informação justifica que os Estados-membros possam adoptar regras diferentes. Nessa medida, tais regras poderão traduzir-se em restrições à liberdade de prestação de serviços.

Porém, deverão estar em conformidade com o direito comunitário, no sentido de serem necessárias, adequadas e proporcionais ao objectivo de defesa dos consumidores. Este controlo de conformidade ao direito comunitário que sempre existiria é, neste grupo de derrogações, reforçado, no sentido de prever um procedimento de cooperação entre os Estados-membros e de sujeitar tais medidas a um controlo especial por parte da Comissão.

Justificar-se-á este procedimento de cooperação e de controlo administrativo prévio em razão de se tratar de um domínio em que, apesar de a Comissão não considerar que a harmonização é completamente suficiente, tem sido objecto de diversas medidas de harmonização. Nessa medida, a conformidade ao direito comunitário ficará, neste domínio, sujeita a um “controlo apertado”, não para retirar aos Estados-membros a liberdade de praticarem padrões normativos de protecção dos consumidores mais elevados que as medidas de harmonização, mas antes para evitar que tais padrões se traduzam em restrições disfarçadas ou desproporcionadas à livre prestação destes serviços, tendo em conta o elevado nível de protecção já garantido pelas directivas adoptadas e pela Proposta de Directiva ela mesma.

Em suma, o que a Proposta faz é estabelecer um procedimento de cooperação e controlo prévio da conformidade ao direito comunitário de medidas nacionais restritivas da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu. Não é, portanto, fixar o direito comunitário derivado do consumo como padrão suficiente e único em matéria de serviços da sociedade da informação, tanto mais que não concluiu ainda pela sua suficiência e adequação, propondo-se estudá-lo no futuro com vista à apresentação de propostas integradoras de lacunas eventualmente identificáveis nesse estudo a realizar.

9. Em razão do exposto, não aderimos à proposição segundo a qual o referido âmbito universal do princípio do país de origem se traduzirá na eliminação, ou pelo menos, na redução significativa dos padrões normativos de protecção dos consumidores em cada Estado-membro em matéria de serviços da sociedade da informação.

A análise do texto da Proposta mostra que o princípio do país de origem não é de âmbito universal, uma vez que são consagradas expressamente diversas derrogações. No que diz respeito especificamente ao direito dos consumidores, tal é o caso, desde logo, das actividades de jogos a dinheiro não realizadas para fins de comunicação comercial (art. 22.º, 1, Anexo I) e, mais concretamente, das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e, ainda, à comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação individual equivalente, para não falar em todo o domínio excluído dos serviços de seguros (art. 22.º, 2, Anexo II).

Para além destes domínios, prevê-se expressamente que a defesa dos consumidores poderá justificar restrições à liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu, na medida em que sejam conformes ao direito comunitário, isto é, que sejam necessárias, adequadas e proporcionais a esse objectivo. É verdade que as medidas assim tomadas estão sujeitas a um procedimento prévio de cooperação entre os Estados-membros e ao controlo da Comissão.

Contudo, tal não significa, em nosso entender, que este controlo se traduza necessariamente na eventual diminuição dos padrões normativos de protecção dos consumidores praticados em cada Estado-membro segundo os níveis de harmonização já definidos. A própria Comissão reconhece que ainda não foi feito o estudo necessário para concluir da suficiência ou insuficiência desses níveis, pelo que poderão ser superados na medida em que tal não seja contrário ao direito comunitário, isto é, não se traduza em restrições desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais ao objectivo de defesa dos consumidores.

Assim sendo, teremos que a questão não será, afinal, saber quais as regras de protecção dos consumidores dos serviços da sociedade da informação que poderão ser, entre nós, eliminadas ou reduzidas em virtude do princípio do país de origem, mas antes procurar entender quais as normas que, na nossa ordem jurídica nacional, consagram um nível de protecção mais elevado do que o previsto nas medidas de harmonização ou, ainda, que intervêm em áreas não harmonizadas, em termos de poderem ser julgadas contrárias ao direito comunitário por se traduzirem em restrições à liberdade de prestação destes serviços não necessárias nem adequadas nem proporcionais ao objectivo de defesa do consumidor.

§ 7. Serviços da Sociedade da Informação e Defesa do Consumidor no Direito Interno

1. Não cabe tratar aqui da complexa questão de determinar dentro da ampla e variada legislação nacional do consumo normas que possam ser consideradas não conformes ao direito comunitário.

Porém, poderemos identificar alguns exemplos de normas legais em certas áreas, como a publicidade (especialmente para crianças), as ofertas promocionais, o marketing directo, os jogos, as obrigações pré-contratuais e a informação sobre o prestador de serviços. Exemplos estes que são dados com a ressalva, porém, de que se trata de formas de protecção não previstas em medidas de harmonização do direito do consumo ou adoptadas em acréscimo à harmonização pretendida.

2. Além disso, frise-se também que, segundo a interpretação que fazemos das derrogações previstas na Proposta de Directiva ao âmbito do princípio do país de origem, não se tratará tanto de normas de protecção “em vias de extinção” por força de tal princípio, mas antes de normas nacionais do consumo cuja não conformidade ao direito comunitário poderá ser posta em causa em razão, não de não estarem previstas em medidas de harmonização, mas apenas de não serem necessárias nem adequadas nem proporcionais à protecção dos consumidores de serviços da sociedade da informação.

7.1. Definição Legal dos Serviços de Telecomunicações

1. Um aspecto que interessa tratar a título preliminar respeita à figura dos serviços da sociedade da informação. Trata-se de saber, portanto, se estes serviços são previstos e regulados em face da ordem jurídica nacional.

Numa primeira abordagem, parece que estes serviços são reconduzíveis à noção de serviços de telecomunicações fornecida pelo legislador. Com efeito, por serviços de telecomunicações entende-se a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações. Esta é a definição constante do art. 2.º, 4, da Lei que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações (L 91/97, 1.8).

Sendo que, a delimitação desta definição depende de dois conceitos, que o legislador também fornece: telecomunicações e redes de telecomunicações. Relativamente ao primeiro, por telecomunicações entende-se a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos por meios radioelétricos e por outros sistemas electromagnéticos (art. 2.º, 2). Relativamente ao segundo, por redes de telecomunicações entende-se, o conjunto de meios físicos, denominados infra-estruturas, ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais (art. 2.º, 7). Especial importância para a definição dos contornos desta noção reveste a interligação das redes, isto é, a ligação física e lógica das redes de telecomunicações utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores por forma a permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizadores dos serviços prestados (art. 2.º, 9).

Em síntese, vertendo todos estes elementos num conceito unitário global, os serviços de telecomunicações definem-se como a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações em interligação, isto é, de conjuntos de meios físicos ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos, por meios radioelétricos e por outros sistemas electromagnéticos, sendo que as redes utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores encontram-se em ligação física e lógica por forma permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizadores dos serviços prestados.

Por outro lado, os serviços de telecomunicações são classificados em dois tipos em função de duas ordens de critérios. Primeiro, distinguem-se consoante sejam destinados ao público em geral ou ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores, denominando-se, respectivamente: a) serviços de telecomunicações de uso público; b) e serviços de telecomunicações privativas (art. 5.º, 5). Segundo, quer sejam de uso público, quer privativas, distinguem-se nos serviços de telecomunicações os que implicam prévio endereçamento daqueles em que a comunicação se realize num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento: a) enquanto os primeiros chamam-se serviços de telecomunicações endereçados; b) os segundos designam-se serviços de telecomunicações de difusão ou teledifusão (art. 2.º, 6). Esta última distinção é importante na delimitação do âmbito de aplicação do diploma, porque este não se aplica aos serviços de telecomunicações de difusão (art. 1.º, 2).

2. Assim, apesar de a radiodifusão ser excluída do âmbito deste diploma, é prevista como uma das espécies de serviços de telecomunicações. Por outro lado, os termos amplos em que o legislador

definiu o conceito de serviços de telecomunicações, abrangendo a radiodifusão, suscita o problema de saber se nessa noção são incluídos os teleserviços de que fala a TDG alemã ou os serviços da Sociedade da Informação, na terminologia da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico.

Com efeito, apesar de ter operado a definição, e as respectivas classificações, dos serviços de telecomunicações, o legislador não forneceu um elenco, sequer exemplificativo, das formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações. O texto legal não fornece ao intérprete um catálogo de exemplos capaz de ilustrar concretamente os serviços de telecomunicações.

A norma definitiva dos serviços de telecomunicações é, portanto, susceptível de gerar dificuldades ao nível da sua concretização interpretativa. Quais serão, em concreto, as formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações?

À primeira vista, parece estabelecer-se uma noção ampla de serviços de telecomunicações, abrangendo, segundo as classificações operadas, não apenas os destinados ao público em geral (uso público) e ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores (privativas), mas também os que implicam prévio endereçamento (endereçados) e, ainda, aqueles em que a comunicação se realiza num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento (difusão ou teledifusão). Não obstante, a concretização exemplificativa desta noção é importante, uma vez que define o género de serviços de telecomunicações previstos na hipótese do respectivo regime jurídico, o qual, apesar de excluir do seu âmbito de aplicação os serviços de telecomunicações de difusão, define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações.

Nessa medida, será importante saber quais as diferentes espécies de serviços de telecomunicações e como se denominam na linguagem corrente. Ora, exemplos de serviços de telecomunicações endereçados parecem ser o telégrafo, o telefone, o telefax e o videofone. Por seu turno, parece que a difusão por satélite ou por cabo de sinais radiofónicos e televisivos constituem serviços de telecomunicações.

A Lei estadunidense das Telecomunicações de 1996 distingue entre serviços de telecomunicações, serviços de cabo e serviços de informações [47 USC § 153(41)(48)(51), Telecommunications Act of 1996]. Ou seja, ao lado dos serviços de telecomunicações distinguem-se os serviços de cabo e, ainda, os serviços de informação. Estes últimos distinguem-se pela nota da interactividade, que também pode estar presente nos serviços de cabo, embora, ao que parece, sejam prestados via telecomunicações.

Portanto, ao lado dos serviços de telecomunicações em sentido estrito, existem outros que, embora sejam feitos através deste modo de comunicação, daqueles se distinguem. A esta distinção parece corresponder, aliás, aquela operada pelo legislador alemão entre serviços de telecomunicações, radiodifusão e os serviços de informação em linha.

7.2. Determinação dos Serviços em Linha Interactivos

1. Regressando à nossa lei, verificamos que existem outros grupos de casos mais duvidosos. Trata-se da comunicação à distância no mercado virtual, potenciado pelas tecnologias digitais e pela convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e dos media, naquilo que se chamam os sistemas multimedia em linha, sobretudo na Internet. Em particular, são os serviços electrónicos de informação em linha, a televisão interactiva e, de um modo geral, os teleserviços. Trata-se, por

exemplo, dos serviços financeiros à distância (telebanking), a telemedicina, a teleconsultadoria, a telepedagogia, áudio e vídeo a pedido.

Mas, estaremos ainda perante serviços de telecomunicações tal como estes são regulados na lei. Trata-se, ainda, nestes casos de serviços de telecomunicações? Ou, antes pelo contrário, estaremos perante uma realidade diferente? O legislador terá querido abranger, também, estas situações na definição de serviços de telecomunicações? Assim, por exemplo, dever-se-á considerar que o vídeo-a-pedido constitui uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações? Em termos idênticos, a prestação de informação em linha via Internet constituirá uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações?

Fazendo apelo à noção de teleserviços da lei alemã, constatamos que a prestação destes serviços depende da prestação de serviços de telecomunicações. Assim, por exemplo, só poderá ser prestado o teleserviço de acesso à Internet, bem como os demais que esta torna possíveis, a quem for utilizador de um serviço telefónico de telecomunicações. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para os telejogos, o telebanking, etc.

Com efeito, uma coisa é as infra-estruturas da informação e da comunicação e os serviços que as compõem. Trata-se das auto-estradas da informação e dos serviços de telecomunicações, os quais abrangem a difusão por satélite e por cabo, na definição do legislador nacional. Outra coisa é a informação em sentido amplo que aí corre e os serviços em que se traduz. Trata-se, agora, dos teleserviços, isto é, dos serviços cuja prestação é tornada possível pelos meios de telecomunicações, a saber: o telebanking, os serviços de informação, os telejogos, o audiovisual a pedido, etc.

Porém, da letra da nossa lei resulta uma noção algo ampla dos serviços de telecomunicações, parecendo abranger também os teleserviços. Os serviços de telecomunicações, definidos como a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações, são susceptíveis de revestir, portanto, dois sentidos. Um, mais amplo, abrangendo, de igual modo, os teleserviços. Outro, mais restrito, excluindo estes últimos, isto é, considerando apenas os serviços de telecomunicações, independentemente dos restantes serviços que a sua prestação torna possível.

2. Não obstante, casos há que suscitam algumas dúvidas, em virtude da sua natureza algo híbrida ou mista. Pense-se, por exemplo, nos sistemas telemáticos, como o célebre Minitel francês, e nas redes digitais com integração de serviços (RDIS) que se utilizam, por exemplo, na comunicação entre empresas via EDI ou TEDIS (troca electrónica de dados informatizados). Pense-se, ainda, na video-conferência e no correio electrónico. A lei alemã, como vimos, inclui na definição de Teledienste os serviços de troca de dados e de prestação de acesso à Internet e a outras redes. Não obstante, há pontos duvidosos, uma vez que, em certos casos, estes teleserviços são prestados no seio de uma infra-estrutura de telecomunicações constituída especialmente para o efeito, ou seja, os teleserviços parecem confundir-se com os serviços de telecomunicações.

Em suma, a noção ampla de serviços de telecomunicações parece abranger a figura dos serviços da sociedade da informação, na medida em que a prestação destes últimos pressupõe aqueles primeiros. Não obstante, em nossa opinião, os serviços da sociedade da informação deverão ser claramente autonomizados no quadro dos serviços de telecomunicações no sentido de que se trata de serviços prestados electronicamente via telecomunicações mediante pedido individual de um destinatário de serviços. Nessa medida, os serviços de telecomunicações em sentido estrito serão

instrumentais em relação aos serviços da sociedade da informação, funcionando como suportes de transmissão da informação prestada.

7.3. A noção de consumidor

1. No tratamento da problemática da protecção do consumidor de serviços da sociedade da informação em face da lei nacional, uma questão que seria importante resolver, diz respeito à categoria consumidor.

O conceito jurídico de consumidor só por si levanta diversos problemas, resultante de uma certa indeterminação da categoria. Assim, por exemplo, o art. 1.º do DL 230/96, 29.11, na sequência da Lei relativa à protecção do utente de serviços públicos (L 23/96, 26.7) estabelece, em certos termos, a gratuitidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone, remetendo para a definição de consumidor constante da Lei do Consumidor. Lei essa que começou por ser a pioneira Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto (art. 2.º), mas que, todavia, foi revogada pela nova Lei do Consumidor (L 24/96, 31.7).

A actual Lei do Consumidor reconfigurou a noção de consumidor no sentido de, ao mesmo tempo, excluir e abranger, expressamente, outras espécies aí não previstas e de subsumibilidade discutida, consagrando os seguintes elementos essenciais do conceito de consumidor: 1.º todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos; 2.º destinados a uso não profissional; 3.º por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios. Ao invés da definição anterior, abrange-se, por um lado, a transmissão de direitos, para além do fornecimento de bens e da prestação de serviços. Por outro lado, consagra-se o uso não profissional, restringindo, ao que parece, a expressão uso privado. Por último, considera-se, ainda, expressamente, como pessoa fornecedora, em sentido amplo, entidades providas de *ius imperii*, como sejam os organismos da Administração Pública, as pessoas colectivas públicas, as empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais e as empresas concessionárias de serviços públicos.

2. Todavia, levanta-se o problema de saber se tal noção abrange as pessoas jurídicas *stricto sensu* ou, apenas, as pessoas humanas. Com efeito, à partida, em abstracto, nada parece obstar a que as pessoas colectivas possam, de igual modo, destinar bens, serviços ou direitos a uso não profissional.

Em sentido negativo a esta interrogação parece apontar a mencionada Directiva Contratos à Distância, dispondo no art. 2.º, 2, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional. Mas, mesmo no caso de só serem previstas pessoas humanas, estarão abrangidos os menores, os inabilitados e os interditos? Isto é, a capacidade de exercício de direitos *tout court* é requisito de obtenção da qualidade jurídica de consumidor? Ou pelo menos, não constituirão estes um grupo especial de consumidores?

Em terceiro lugar, cumpre perguntar: o requisito da destinação ao uso profissional não deverá ser preenchido por referência à natureza não remuneratória das actividades a cujo exercício se destina o uso desses bens? E se se tratar de actividades remuneradas exercidas de modo habitual e constante, por exemplo, no seio de uma organização de tráfico ilícito? Nestes casos os bens fornecidos àquele são ou não destinados a uso não profissional? As mesmas interrogações valem, *mutatis mutandis*, para a pessoa que exerça com carácter não profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

É dizer, em suma: que sentido quis o legislador imprimir ao termo profissional? Será, porventura, aquele que o legislador comunitário consagrou na al. c) da Directiva Cláusulas Abusivas? Dispõe-se nesta norma que por profissional entende-se, para efeitos desta directiva, qualquer pessoa singular ou colectiva que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, seja activa no âmbito da sua actividade profissional, pública ou privada. Mas será este critério suficiente? Isto é, bastará a uma pessoa ser activa no âmbito da sua actividade profissional para ser considerada como profissional para efeitos da noção de consumidor?

3. Por outro lado, mesmo que se consiga estabilizar um conceito de consumidor, uma questão de alcance geral deveria, ainda, ser resolvida. Trata-se do valor sistemático de uma tal definição. Na verdade, outros diplomas há que consagram, também, definições de consumidor.

Assim, por exemplo, a Directiva Viagens Organizadas (90/314/CEE) dispõe, no art. 2.º, 4, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (o contratante principal) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada (os outros beneficiários) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (o cessionário).

Estamos, portanto, em face de uma definição diferente daquela constante da nossa Lei do Consumidor. E, apesar de o diploma que transpõe a Directiva Viagens Organizadas não a ter acolhido no texto legal (DL 198/93, 27.5), o problema põe-se, atentos os princípios do primado do direito comunitário e da interpretação das leis nacionais segundo a letra e o espírito das directivas, a saber: é a definição de consumidor uma noção unitária geral com função operatória no sistema jurídico, *maxime* nos textos jurídicos atinentes aos direitos dos consumidores?

Poder-se-ia responder pela afirmativa, ainda que com a ressalva de um tal conceito carecer de concretização casuística na jurisprudência e de explicitação dogmática na doutrina. Acresce que, enquanto conceito de género relativo ao tipo subjectivo do acto de consumo, não deveria excluir-se a hipótese de o legislador criar espécies para determinados grupos de casos concretos e particulares que exijam regimes especiais, como, aliás, parece já suceder.

Nessa medida, apesar de problemática, a noção de consumidor constante da nova Lei do Consumidor deveria valer como conceito operatório no tratamento do problema da protecção jurídica do consumidor de serviços de telecomunicações, entendendo-se por consumidor, de um modo geral, todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa singular ou colectiva, privada ou pública, que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

4. Feitas estas breves considerações em torno das noções de serviços da sociedade da informação e de consumidor, interessa apurar agora os direitos que os consumidores deste tipo de serviços poderão gozar em face da lei nacional. Não se trata esta de uma análise exaustiva do problema, mas antes apenas de um levantamento de algumas hipóteses em face do ordenamento jurídico positivo.

Nesse sentido, vamos tratar de certas áreas problemáticas de protecção dos serviços da sociedade da informação, em especial de alguns aspectos do direito da publicidade, contratos à distância, viagens organizadas, cláusulas contratuais gerais e aspectos gerais de protecção do consumidor.

7.4. Aspectos do Direito da Publicidade

1. O direito da publicidade está regulado sobretudo no Código da Publicidade, aprovado pelo DL 330/90, 23.10, e alterado pelos DL 74/93, 10.3, 6/95, 17.1, 61/97, 25.3, 275/98, 9.9, e pela L 31-A/98, 14.7. Deverá ter-se em conta também a Lei da Publicidade Domiciliária (L 6/99, 27.1).

O conceito de publicidade do Código (art. 3.º) parece abranger as mensagens promocionais contidas em comunicações à distância por via electrónica mediante pedido individual de um destinatário de serviços. Nessa medida, os serviços da sociedade da informação estarão sujeitos ao regime jurídico da publicidade aí previsto, salvo disposição especial em contrário como, por exemplo, em matéria de publicidade televisiva. Ora, são quatro os princípios que informam esse regime (licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos consumidores), neles podendo ser encontrados alguns exemplos atinentes à problemática em análise.

Primeiro, o princípio da licitude impõe certos requisitos de linguagem, pois que só é permitida a utilização de línguas de outros países na mensagem publicitária, mesmo que em conjunto com a língua portuguesa, quando aquela tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais; excepcionalmente admite-se a utilização de palavras ou de expressões em línguas estrangeiras quando necessárias à obtenção do efeito visado na concepção da mensagem (art. 7.º, 3 e 4).

Segundo, o princípio da identificabilidade que a Proposta visa aplicar a toda a comunicação comercial, significa entre nós que a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado (art. 8.º, 1). Ao contrário da rádio e da televisão, que são objecto de regulamentação quanto aos meios de identificação da publicidade, a comunicação à distância por via electrónica mediante pedido individual do destinatário (de que é exemplo paradigmático a comunicação via Internet) não é regulada neste aspecto. Não obstante, sempre parece ser de aplicar a proibição da publicidade oculta ou dissimulada, nos termos da qual é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que transmitem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem (art. 9.º, 1). Na realidade, nada obsta a que se possa fazer publicidade subliminar na Internet, visto aquela ser definida como a publicidade que, mediante recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que não chegue a tomar consciência (art. 9.º, 3).

Terceiro, o princípio da veracidade impõe uma obrigação de respeito pela verdade no sentido da não deformação dos factos, e traduz-se especialmente na proibição da publicidade enganosa. Ora, neste domínio interessa referir que parece haver um relativo acréscimo de protecção em relação à Directiva Publicidade Enganosa, no sentido de que, por força da última alteração ao Código, o conceito de publicidade enganosa foi clarificado para conferir maior certeza jurídica na aplicação do respectivo regime legal aos casos de anúncios de prémios, ofertas ou promoções que induzam em erro os consumidores por sugerirem a ideia de que tais ofertas não dependem de qualquer contrapartida económica ou da necessidade de efectuar qualquer encomenda. Este grupo de situações não está explicitamente contido na hipótese da norma comunitária de publicidade enganosa, se bem que esta seja também de natureza exemplificativa. Ou seja, ao leque de exemplos de publicidade enganosa da norma comunitária, o legislador nacional veio acrescentar este grupo de situações (v. art. 3.º Directiva, art. 11.º, 3, Código).

Refira-se, ainda, que a explicitação da erroneidade das mensagens publicitárias relativamente a ofertas promocionais releva ainda em sede de publicidade comparativa, pois que esta não deverá ser enganosa nos termos do art. 11.º; sendo que, em matéria de ofertas promocionais, o Código parece ir

mais além do que a Directiva Publicidade Comparativa, pois estabelece que, nos casos em que a comparação publicitária faça referência a uma oferta especial, deverá de forma clara e inequívoca conter a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; mais estabelece que, quando tal oferta ainda não se tiver iniciado, deverá ser indicada também a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica (art. 16.º, 3, 4).

Quarto, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, nos termos do qual é proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor (art. 12.º). Este princípio geral de respeito pelos direitos do consumidor, para além de constituir uma das traves mestras do regime jurídico da publicidade, é objecto de uma concretização especial no Código. Na realidade, é proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, não devendo comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, particularmente, se dirigida, *inter alia*, a crianças (art. 13.º).

Esta concretização do princípio do respeito pelos direitos do consumidor parece remeter para os direitos que os consumidores, enquanto tais, têm desde logo na Constituição. Na realidade, trata-se de direitos fundamentais consagrados na letra da lei constitucional (art. 60.º CRP), quais sejam: 1.º direito à qualidade dos bens e serviços; 2.º direito à formação e à informação; 3.º direito à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos; 4.º direito à reparação de danos; 5.º direito à constituição de associações representativas e de audição em questões que lhes digam respeito.

Mas, a concretização deste princípio deverá ter em conta também a explicitação destes direitos na Lei-quadro de Defesa do Consumidor (arts. 3.º a 15.º), em que revestem carácter injuntivo (art. 16.º). E, no domínio da publicidade, é importante frisar que, entre nós, a informação das mensagens publicitárias poderá, em certos termos, considerar-se parte integrante do conteúdo dos contratos que venham a celebrar-se, sendo consideradas não escritas as cláusulas contratuais em contrário. Com efeito, dispõe o art. 7.º, 5, desta Lei que 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 em contrário.

2. Para além dos princípios gerais do direito da publicidade, interessa referir que os menores são objecto de especial atenção no regime da publicidade regulado no Código, justificando certas restrições ao conteúdo e ao objecto da publicidade.

Quanto às primeiras, o princípio geral é o de que a publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de os incitar a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão, de explorar a confiança especial que depositam nos seus pais, tutores ou professores, etc; além disso, os menores só poderão intervir a título principal nas mensagens publicitárias em que exista uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado (art. 14.º).

Relativamente às restrições quanto ao objecto da publicidade em razão da protecção dos menores, não é permitida a publicidade a bebidas alcoólicas que se dirija especificamente a menores, especialmente apresentando-os a consumir tais bebidas (art. 17.º, 1). De igual modo, é proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico em estabelecimentos de ensino, bem como em quaisquer publicações, programas ou actividades especialmente destinadas a menores (art. 20.º).

Estas restrições ao conteúdo e ao objecto da publicidade em razão da protecção de menores não estão previstas na Directiva Publicidade Enganosa e Comparativa. Não obstante, constam da Directiva Televisão (89/552/CEE, 3.10, alterada 97/36/CE, 30.6: arts. 15.º, 16.º), a qual só se aplica à publicidade televisiva, isto é, a que resulta de radiodifusão televisiva, não incluindo esta definição os serviços de comunicação que forneçam, a pedido individual, elementos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos electrónicos de dados e outros serviços similares (art. 1.º-a, Directiva Televisão). Ou seja, fora do âmbito da Directiva Televisão, mesmo depois de alterada, ficou a comunicação electrónica interactiva, em que se analisam os serviços da sociedade da informação.

Todavia, o conceito amplo de publicidade que informa o Código parece abranger qualquer forma de publicidade, aplicando-se o Código independentemente do suporte utilizado para a sua difusão (art. 1.º, in fine). Vale isto por dizer que as regras da publicidade especialmente dirigida a menores previstas na Directiva Televisão apenas para as mensagens publicitárias televisivas serão, entre nós, aplicáveis a todos os meios de difusão, incluindo a Internet. Mas, poderá a Comissão entender que a aplicação destas regras no domínio dos serviços da sociedade da informação não é conforme ao direito comunitário por não serem necessárias, adequadas ou até proporcionais ao objectivo de protecção dos consumidores? Idênticas considerações valerão, mutatis mutandis, para o patrocínio publicitário, cujo regime, ainda que limitado ao audiovisual, é aplicável independentemente do meio de difusão, embora contenha regras especiais só para os programas televisivos (art. 24.º).

É que, na realidade, a Directiva Televisão limita a definição de patrocínio ao financiamento de programas televisivos (art. 1.º-d), isto é, aos que são difundidos por meio de televisão. O mesmo já não se diga, porém, da publicidade na televisão e televenda, cujo regime especial é objecto do Capítulo III do Código: a sua aplicação à comunicação comercial na Internet só por analogia será possível e na medida em que se fundamente essa analogia — do que não cuidaremos por agora.

Ainda em sede de restrições ao objecto da publicidade seria importante referir as regras da publicidade a veículos automóveis e, mais recentemente, a serviços milagrosos (art. 22.º-A/B), mas sobretudo, o regime dos jogos de fortuna ou azar. Na realidade, entre nós, à excepção dos jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, não podem ser objecto de publicidade os jogos de fortuna ou azar enquanto objecto essencial da mensagem (art. 21.º).

3. O marketing directo integra a noção de publicidade domiciliária e por correspondência, que se trata de uma forma especial de publicidade regulada pelo Código e pela Lei sobre publicidade domiciliária (L 6/99, 27.1). Dispõe o art. 23.º do Código que, sem prejuízo do disposto em legislação especial, a publicidade entregue no domicílio do destinatário, por correspondência ou qualquer outro meio, deve conter de forma clara e precisa, inter alia, o nome, domicílio e os demais elementos necessários para a identificação do anunciante.

Este artigo contém o regime geral da publicidade domiciliária. Ressalva, porém, o disposto em legislação especial, sendo de destacar a Lei da Publicidade Domiciliária por telefonia e por telecópia. A designação desta lei não é inteiramente correcta, uma vez que não regula apenas a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia. Na realidade, esta lei regula a publicidade domiciliária tout court, nomeadamente, por via postal, distribuição directa, telefone e telecópia (art. 1.º). Porém, deixa de fora um importante domínio do comércio electrónico: não se aplica à publicidade por correio electrónico (art. 1.º, 2).

Põe-se o problema de saber então qual a lei que regula a publicidade efectuada por este meio de comunicação. Salvo melhor parecer, somos de opinião que a publicidade por correio electrónico integra a hipótese do art. 23.º do Código e preencheria também a do art. 1.º, 1, da referida Lei.

Sendo esta uma lei especial, aplicar-se-ia o seu regime também à publicidade por correio electrónico. Mas o legislador afastou expressamente este meio de difusão de mensagens publicitárias do âmbito de aplicação desse corpo normativo. De *lege ferenda*, é criticável a opção legislativa. Contudo, de *lege data*, parece-nos não restar outro meio senão remeter a publicidade por correio electrónico para o regime da publicidade domiciliária previsto no Código.

Outra via seria concluir pela existência de uma lacuna e proceder depois à sua integração por analogia. Abrir-se-ia um amplo espaço de discussão, em que eventualmente poderia ser posta em causa a natureza excepcional deste direito em razão de um eventual princípio de liberdade da publicidade.

Não obstante, parece-nos que a publicidade por correio electrónico integra a noção de publicidade para efeitos do Código, sujeitando-se ao regime da publicidade domiciliária aí previsto (art. 23.º), não se sujeitando à referida legislação especial uma vez que esta a afasta expressamente do seu âmbito. Assim, esta publicidade deverá conter de forma clara e precisa o nome, domicílio e demais elementos necessários para a identificação do anunciante, bem como a indicação do local onde o destinatário pode obter as informações de que careça, não bastando a indicação apenas de um apartado ou qualquer outra menção que não permita a localização imediata do anunciante. Além disso, deve conter ainda a descrição rigorosa e fiel do bem ou serviço publicitado e das suas características, só podendo referir-se a artigos de que existam amostras disponíveis para exame do destinatário, o qual não é obrigado a adquirir, guardar ou devolver quaisquer bens ou amostras que lhe tenham sido enviados ou entregues à revelia de solicitação sua.

Note-se, porém, que a Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico parece abranger no âmbito dos serviços da sociedade da informação as actividades em linha por telefonia e telefax (c. 3). Isto significa, a nosso ver, que apesar de a referida lei não se aplicar, sempre será de considerar a aplicação do art. 12.º da Lei que regula o Tratamento de Dados Pessoais e a Protecção da Privacidade no Sector das Telecomunicações (L 69/98, 28.10), sendo que a Directiva que transpõe (97/66/CE) é salvaguardada pela Proposta no domínio do comércio electrónico. Sob epígrafe chamadas não solicitadas, dispõe essa norma que carecem do consentimento prévio do assinante chamado as acções de marketing directo com utilização de aparelhos de chamadas automáticos ou de aparelhos de fax; além disso, o assinante tem o direito de se opor, gratuitamente, a receber chamadas não solicitadas para esses fins realizadas por meios diferentes dos referidos.

Em todo o caso, deve referir-se que a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico, ou por uma comunicação comercial equivalente, constitui um dos domínios aos quais, por força do art. 22.º, 2, da Proposta não se aplica o princípio do país de origem (art. 3.º). Trata-se, portanto, de um grupo de derrogações ao princípio de origem. Na realidade, neste domínio caberá em qualquer caso às autoridades nacionais competentes realizar o controlo da observância das suas regulamentações e o respeito pelos seus padrões normativos de protecção dos consumidores.

4. Ainda no domínio da publicidade, interessa referir, para terminar, as medidas cautelares que, em certas circunstâncias, podem ser ordenadas, como a suspensão, cessação ou mesmo proibição (art. 41.º). Na realidade, os consumidores serão destinatários de publicidade (v. art. 5.º-d) cujos interesses se encontram legalmente protegidos pelo Código. Além disso, o acto que ordene a medida

cautelar poderá determinar a sua publicitação, a expensas do anunciante, do titular ou do concessionário do suporte publicitário, consoante os casos, fixando os termos da respectiva difusão; em termos idênticos, a gravidade do caso ou a minimização dos efeitos da publicidade ilícita poderão justificar, inclusivamente, a difusão de publicidade correctora (art. 40.º, 6, 7). A previsão destas medidas cautelares é feita nos termos da possibilidade concedida aos Estados-membros pela Directiva Publicidade Enganosa (art. 4.º).

7.5. Contratos à Distância

1. A Directiva Contratos à Distância ainda não foi transposta entre nós. Entrou em vigor a 4 de Junho de 1997 (art. 18.º), data a partir da qual se conta o prazo de três anos para a sua transposição (art. 15.º, 1). A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico ressalva a aplicação desta medida de harmonização aos chamados contratos por via electrónica.

Por contrato à distância entende-se 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, sendo exemplos, nos termos do Anexo I, o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio electrónico, o videofone e o videotexto.

Trata-se de uma medida de harmonização da maior importância para a protecção do consumidor no comércio electrónico. Isso justifica que lhe dediquemos alguma atenção.

Para começar, 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 exaustiva. De igual modo, são excluídos os contratos celebrados através de distribuidores automáticos, os contratos celebrados com operadores utilizando cabines telefónicas públicas, os contratos relativos a bens imobiliários com a excepção de arrendamentos, e os contratos celebrados por ocasião de leilões. Além disso, a directiva prevê excepções parciais no que se refere aos bens domésticos de consumo corrente fornecidos através de caixeiros viajantes (comércio não sedentário) e os contratos de turismo e de transporte.

A Directiva Contratos à Distância estabelece medidas de protecção dos consumidores em matéria, desde logo, de deveres de informação (arts. 4.º e 5.º). Na verdade, antes da celebração de qualquer contrato à distância o consumidor deve beneficiar de informações claras e compreensíveis relativas: à identidade e eventualmente endereço do fornecedor (1); às características do bem ou do serviço bem como do seu preço (2); às despesas de entrega (3); às disposições relativas ao pagamento, entrega ou execução (4); à existência de um direito de retractação (5); à duração da validade da oferta, do preço e, caso se justifique, da duração mínima do contrato (6); ao custo de utilização da técnica de comunicação à distância (7).

Estas informações deverão ser dadas em respeito pelos princípios de lealdade comercial e de protecção de menores. No caso de comunicações telefónicas, a identidade e o objectivo comercial devem ser indicados no início. Além disso, estas informações devem ser confirmadas por escrito ou sobre suporte duradouro (correio electrónico) aquando da execução do contrato. Devem igualmente ser mencionadas por escrito: as modalidades do exercício do direito de retractação; o local de

apresentação das reclamações; as informações relativas ao serviço pós-venda; as condições de rescisão do contrato.

Depois, a directiva prevê um “direito de livre rescisão“ a favor do consumidor (art. 6.º). Com efeito, o consumidor beneficia de um “direito de retractação”, em que após o fornecedor ter cumprido as suas obrigações em matéria de informação, o consumidor dispõe de um prazo de pelo menos 7 dias úteis para se retractar sem penalidades, sendo este prazo elevado para três meses no caso do fornecedor não ter cumprido as suas obrigações em matéria de informação. Assim, por exemplo, o exercício do direito de retractação permite rescindir um contrato de crédito celebrado com um fornecedor ou com um terceiro com base num acordo celebrado por este último com o fornecedor. Além disso, o fornecedor é obrigado a reembolsar os montantes pagos pelo consumidor num prazo de 30 dias. Por outro lado, a directiva determina os tipos de contrato para os quais o direito de retractação não se aplica.

O fornecedor dispõe de um prazo de 30 dias para executar a encomenda. Em caso de incumprimento o consumidor deve ser informado e reembolsado. Nalguns casos, é possível o fornecimento de um bem ou de um serviço equivalente. Acresce que é regulado o problema do pagamento fraudulento com o seu cartão (art. 8.º), em termos de em caso de utilização fraudulenta do seu cartão de pagamento, o consumidor poder solicitar a anulação do pagamento e a restituição dos pagamentos efectuados.

Por outro lado, a inércia de resposta é regulada em termos de não valer o silêncio como consentimento (art. 9.º). Na verdade, em caso de fornecimento não solicitado, a falta de resposta do consumidor não significa consentimento. Além disso, são previstas regras de protecção da privacidade dos consumidores (art. 10.º), em termos de a utilização por um fornecedor de um sistema automatizado de chamada sem intervenção humana ou de um fax exigir o consentimento prévio do consumidor, e de as outras técnicas de comunicação à distância só poderem ser utilizadas na falta de oposição manifesta do consumidor.

Em matéria de legitimidade, estabelece-se que os organismos públicos, as organizações de consumidores e as organizações profissionais têm legitimidade para recorrer aos tribunais ou aos serviços administrativos competentes em caso de litígio. Além disso, os Estados-membros deverão velar pela existência de um processo judicial ou administrativo a fim de que o consumidor não seja privado de protecção por ter optado pela aplicação do direito de um país terceiro.

Por último, trata-se de uma directiva de harmonização mínima, uma vez que dispõe expressamente que os Estados-membros podem adoptar ou manter, neste domínio, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor (art. 14.º, 1ª parte). Com efeito, sob reserva do respeito do Tratado, os Estados-membros podem adoptar disposições mais estritas, tais como a proibição da comercialização através de contrato à distância de determinados bens ou serviços.

2. Este é, portanto, o quadro regulamentar previsto pela directiva sobre contratos à distância. O seu âmbito de aplicação é algo restrito, excluindo inter alia os serviços financeiros. Não obstante, a directiva prevê certos direitos que parecem ter correspondente no domínio do crédito ao consumo, sendo de referir o “direito de arrendimento” durante 7 dias após o contrato de que goza o consumidor, bem como o direito de ser informado deste direito (DL 359/91, 21.9, transpõe a Directiva 87/102/CEE, 22.12.86, sobre crédito ao consumo).

Não obstante, importa referir que a comercialização à distância de serviços financeiros foi objecto de uma Proposta de Directiva, a qual se destina a dotar os contratos à distância em matéria de serviços financeiros de um enquadramento jurídico harmonizado e adequado, estabelecendo, simultaneamente, um nível adequado de protecção dos consumidores. Trata-se da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros destinados aos consumidores que altera as directivas 90/619/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE.

Com efeito, esta proposta de directiva visa completar a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece uma protecção adequada dos consumidores no que se refere a maioria dos produtos e serviços, que não financeiros, em razão da natureza específica destes últimos. Esta proposta destina-se, portanto, a colmatar esta lacuna jurídica, estabelecendo uma base comum para as condições em que são concluídos os contratos à distância em matéria de serviços financeiros. Nesse sentido, a proposta incide sobre os serviços financeiros a retalho (serviços bancários, de seguros, investimento - designadamente, fundos de pensão; em anexo à proposta foi incluída uma lista indicativa) negociados à distância (por exemplo, por telefone, fax ou Internet), isto é, por qualquer meio útil que não pressuponha a presença física e simultânea das partes no contrato.

Esta proposta de directiva confere ao consumidor o direito de reflexão antes de este concluir um contrato com o fornecedor. Assim, este deve transmitir ao consumidor, por escrito ou num suporte duradouro (por exemplo, disquete informática, CD-ROM ou correio electrónico), um projecto de contrato que inclua todas as cláusulas contratuais. O período de reflexão é de 14 dias, durante os quais as condições do contrato permanecem válidas, podendo as partes, porém, acordar um período mais longo ou negociar condições diferentes.

Nos termos da proposta, o consumidor de serviços financeiros comercializados à distância disporá de direito de retractação de 14 dias nos seguintes casos: 1.º o contrato ter sido assinado antes de o consumidor ter recebido previamente as cláusulas contratuais (no caso, por exemplo, de um contrato de seguro com vista à obtenção de uma cobertura imediata); 2.º o consumidor, embora tendo recebido as cláusulas contratuais, tenha sido incitado, de forma desleal, a concluir um contrato durante o período de reflexão. Para créditos hipotecários, seguros de vida e planos de pensões individuais o direito de retractação será de 30 dias.

Por outro lado, prevê-se ainda que, no caso de o consumidor exercer o seu direito de retractação quando já tenha beneficiado de prestação, mesmo que parcial, do serviço, poderá ter de indemnizar o prestador desse serviço. Além disso, se o serviço tiver sido integralmente prestado antes do exercício do direito de retractação, este último não poderá ser invocado, devendo o consumidor pagar o serviço prestado. Nesses termos, o preço a pagar (ou a base de cálculo do mesmo) deverá ser previamente comunicado ao consumidor.

Acresce que, a fim de impedir manobras especulativas, os direitos de reflexão e de retractação estão excluídos no caso de serviços cujo preço é susceptível de variar em função das cotações dos mercados financeiros (por exemplo, o mercado dos valores mobiliários). Além disso, o consumidor terá o direito ao reembolso dos montantes pagos por alguns serviços financeiros, nomeadamente a venda de serviços a prazo (por exemplo, uma ordem de aquisição de um certo número de acções a um preço determinado dada por um consumidor), que se revelem total ou parcialmente indisponíveis aquando do cumprimento do contrato.

Depois, por analogia com as disposições da Directiva 97/7/CE, a proposta de directiva proíbe a prestação de serviços sem pedido explícito e válido do consumidor. De igual modo, o consentimento prévio do consumidor é exigido para a utilização dos sistemas de comunicação automática à

distância sem intervenção humana, como os fax (telecópias). Para as outras técnicas de comunicação à distância, permite-se aos Estados-Membros a possibilidade de escolha entre um sistema que preveja o consentimento prévio do consumidor e um sistema pelo qual o consumidor possa manifestar previamente a sua recusa (sistema das denominadas listas «Robinson »).

Por último, a proposta incumbe os Estados-Membros de velarem pela adopção dos procedimentos (judiciais, administrativos ou extrajudiciais) adequados e eficazes de reclamação e recurso, a fim de solucionar eventuais litígios entre fornecedores e consumidores. De igual modo, os Estados-Membros deverão velar no sentido de os operadores e os fornecedores de técnicas de comunicação, sempre que a tecnologia o permita, porem termo a actividades ilícitas realizadas através das técnicas de comunicação à distância.

3. A directiva sobre contratos à distância, complementada por esta proposta relativa à comercialização à distância de serviços financeiros e pelos critérios previstos na proposta sobre comércio electrónico, fornecerá um quadro regulamentar para o problema. Ainda não foi transposta para a nossa ordem jurídica interna. Além disso, permite que as medidas nacionais de transposição consagrem regras mais exigentes em matéria de protecção dos consumidores.

Esse era também o teor da Directiva relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (85/577/CEE), pois que não impedia os Estados-membros de adoptarem ou manterem disposições mais favoráveis à protecção do consumidor no domínio por ela abrangido (art. 8.º). Esta Directiva foi transposta pelo DL 272/87, 3.7, alterado pelo DL 243/95, 13.9. 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 Decreto oferece uma certa margem de interpretação.

Na realidade, no Capítulo II relativo às vendas por correspondência são estas definidas 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 audiovisuais (art. 8.º, 1). Assim, esta definição de vendas por correspondência parece acolher na sua letra contratos à distância por via electrónica, *maxime* na Internet que é, sem margem para dúvidas, um meio de comunicação.

Assim, apesar de a Directiva Contratos à Distância ainda não ter sido transposta, existirá já entre nós um regime especial aplicável às vendas na Internet destinado a proteger os interesses dos consumidores. Interessa, portanto, analisar os termos deste regime em diversos aspectos.

Primeiro, quanto ao conteúdo das ofertas (art. 9.º), devem ser claras, completas e formuladas em termos que não induzam em erro quanto à sua natureza, características e preço do bem ou serviço e condições de pagamento. Para o efeito, deverão constar da oferta, designadamente: a descrição dos bens ou serviços, com indicação das características necessárias para a sua completa identificação; preço, forma e condições de pagamento; quaisquer outras despesas que devam ser suportadas pelo consumidor; o prazo para o envio da mercadoria ou para o início da prestação do serviço, a contar da data de recepção pelo vendedor do pedido do consumidor; o regime de garantia e assistência pós-venda, quando a natureza do bem o justifique; o nome, domicílio e elementos identificativos da empresa vendedora, assim como indicação do local para onde o consumidor possa dirigir as suas encomendas ou pedidos de informação, não sendo admitida a indicação exclusiva de um apartado ou

qualquer outra forma que não permita a localização imediata do vendedor ou do seu representante. Estas condições de licitude do conteúdo da oferta, que se aproximam do regime da publicidade domiciliária, 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. Tenha-se presente a este respeito que, nos termos do art. 7.º, 5, da Lei do Consumidor (L 24/96, 31.7), 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.

Segundo, relativamente à forma, conteúdo e valor do contrato (art. 10.º), é estabelecido, para começar, que o vendedor deve remeter ao consumidor documento do qual constem os elementos a que se refere o artigo anterior e que devem corresponder aos termos da oferta inicial. Esse documento deve ser remetido após a recepção da comunicação do consumidor na qual este aceita a oferta do vendedor em momento anterior ou simultaneamente com o envio dos bens ou com a prestação do serviço. Além disso, 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, 31.10). Em todo o caso, não é exigido tal documento quando a nota de encomenda faça parte integrante do suporte utilizado na oferta de venda.

Terceiro, o consumidor tem o direito de resolução do contrato nos sete dias úteis posteriores à entrega da mercadoria — prazo este que pode ser alargado por acordo das partes —, devendo ser informado por escrito pelo outro contraente desse direito até ao momento da conclusão do contrato. Além disso, consideram-se não escritas as cláusulas de renúncia a este direito, bem como as que estipulem uma cláusula penal no caso de o consumidor o exercer. Depois, antes da recepção da mercadoria ou da prestação do serviço não pode ser exigido ao consumidor qualquer pagamento, sendo considerada como prova do contrato e como entregue por conta do preço, se aquele se concluir, qualquer quantia entregue pelo consumidor antes de terminado o prazo de sete dias úteis contados da data da sua assinatura ou o prazo de desistência.

Quarto, quanto à forma de resolução do contrato e às obrigações e direitos do consumidor daí decorrentes (art. 5.º, *mutatis mutandis*, por remissão do 12.º), entende-se que, sem prejuízo de outras formas de notificação, o consumidor exerce o seu direito através da expedição, nos referidos prazos, de carta registada com aviso de recepção — exigência esta que deverá aplicar-se com as devidas adaptações à contratação por via electrónica —, comunicando ao outro contraente ou à pessoa para tal designada no contrato a vontade de o resolver. Além disso, em caso de resolução fica o consumidor obrigado a conservar as mercadorias, de modo a poder restituí-las em devida forma à entidade fornecedora ou à pessoa para tal designada no contrato, em prazo não superior a quinze dias úteis a contar da sua recepção; em contrapartida, o consumidor tem o direito de ser reembolsado das despesas decorrentes da devolução no prazo de trinta dias úteis a contar da data em que a tenha efectuado.

4. Um outro aspecto que interessa referir diz respeito às vendas em cadeia e às vendas forçadas, cujo regime parece ser aplicável no comércio electrónico (arts. 13.º a 15.º DL 272/87, 3.7). A lei proíbe a organização e a participação na promoção de vendas pelo procedimento denominado em cadeia, em pirâmide ou de bola de neve, que são definidas como o procedimento que consiste em oferecer ao público determinados bens ou serviços, fazendo depender o valor de uma prometida

redução do seu preço, ou mesmo a sua gratuidade, do número de clientes ou do volume de vendas que, por sua vez, aquele consiga obter directa ou indirectamente para o vendedor, o organizador ou um terceiro (art. 13.º).

De igual modo, é proibida a utilização, com o fim de promover a distribuição a retalho de bens ou serviços, de práticas comerciais pelas quais, da falta de resposta de um consumidor a uma oferta ou proposta que lhe tenha sido dirigida, se presume a sua aceitação. Nestes casos o consumidor nunca ficará vinculado ao cumprimento de qualquer obrigação, mesmo que nas ofertas ou propostas se tenha expressamente indicado que o decurso de um certo prazo sem qualquer reacção implica a sua aceitação (art. 14.º).

Além disso, relativamente a produtos não encomendados ou solicitados, o destinatário de um produto assim recebido, ou que não constitua o cumprimento de qualquer contrato válido, não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-lo a título gratuito; se proceder à devolução do produto, terá direito a ser reembolsado das despesas desta decorrentes no prazo de trinta dias a contar da data em que as tenha efectuado (art. 15.º, 1, 2).

7.6. Viagens Organizadas

1. A Directiva Viagens Organizadas (90/314/CEE) permite aos Estados-membros adoptar ou manter disposições mais rigorosas para defesa do consumidor (art. 8.º). A Directiva foi transposta pelo DL 198/93, 27.5 (revogado pelo DL 209/97, 13.8, alterado pelo DL 12/99, de 11.1). Como medida de reforço de protecção poderá invocar-se o direito de cessão da posição contratual mediante informação à agência com sete dias de antecedência (art. 24.º). Ao contrário da directiva (art. 4.º, 3), o exercício deste direito não fica condicionado à circunstância de o consumidor ficar impedido de participar na viagem organizada.

2. Depois, ao contrário do que possibilitava a directiva (art. 5.º, 2, par. 3 e 4), não é estabelecido um limite à indemnização por incumprimento contratual por parte da agência de viagens (art. 32.º, 3). De igual modo, não se prevê uma norma de limitação contratual de danos não corporais resultantes de incumprimento contratual por parte da agência.

7.7. Cláusulas Abusivas

1. Um regime cuja aplicação se afigura de extrema importância no domínio da protecção do consumidor no comércio electrónico é o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais [LCCG - DL 446/85, 25.10, alterado pelo DL 220/95, 31.1., que transpõe a Directiva Cláusulas Abusivas (93/13/CEE) – e mais recentemente, pelo DL 249/99, 7.7].

Em termos muito gerais, 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, 35.º), dando força de lei à opinião da melhor doutrina. Poder-se-ia agora reforçar esta orientação 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 (art. 7.º, 1-d/e, Lei do Consumidor).

Depois, como medidas de reforço da 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). Estas medidas parecem garantir um nível de protecção dos consumidores mais elevado do que o estabelecido pela Directiva Cláusulas Abusivas.

2. Não obstante, poder-se-ia dizer que esse nível de protecção seria mais reduzido em virtude de um problema prévio que interessa cuidar e que diz respeito ao âmbito de aplicação deste regime. O diploma destina-se a regular as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar.

Assim sendo, parece que, como se discute, estariam excluídas as meras cláusulas abusivas que não tivessem sido objecto de negociação individual, independentemente da indeterminação dos destinatários. O que poderia inclusivamente comprometer a conformidade da nossa lei com a Directiva Cláusulas Abusivas, que abrange todas 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).

Eventual desconformidade deveria ser suprimida, como é defendido, mediante o princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva, no sentido de aplicar o nosso regime das cláusulas contratuais gerais a todas as cláusulas contratuais abusivas nos termos da directiva, isto é, independentemente de serem ou não pré-dispostas com vista a uniformizar uma série de contratos a celebrar no futuro, ou, por outras palavras, redigidas com vista a uma utilização generalizada.

E, com efeito, o recurso a este princípio de direito comunitário poderá concorrer para a interpretação de uma norma do regime que, a nosso ver, é susceptível de conter uma solução de consonância entre a nossa lei e a directiva. Trata-se do art. 37.º relativo ao direito ressalvado, nos termos do qual ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente que subscreva ou aceite propostas que contenham cláusulas não negociadas individualmente.

Neste sentido, parece ser suficiente o elemento da não negociação individual das cláusulas contidas em propostas que o aderente aceita ou subscreve para que se aplique um regime, inclusivamente mais favorável, atento o caso concreto, do que o previsto. É verdade que a lei fala em aderente parecendo remeter para cláusulas objecto de utilização generalizada ou cujos destinatários são indeterminados. Porém, o elemento essencial parece ser o da inexistência de negociação individual prévia da cláusula, independentemente da sua utilização generalizada.

Pelo que, permitindo-se ainda nestes casos a aplicação de um regime mais favorável ao aderente, tal significará que o regime das cláusulas contratuais gerais será também aplicável às cláusulas abusivas previstas na directiva.

Adenda. Recentemente, como referimos, foi aprovado o DL 249/99, 7.7, que procura dar resposta a este problema. 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).

A fórmula adoptada não é feliz, para além de ser desnecessária. O propósito da recente intervenção parece ser o esclarecimento do âmbito de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais no sentido de abranger também as propostas subscritas ou aceites pelo aderente que contenham cláusulas não negociadas individualmente. Porém, a terminologia legal utiliza originalmente a expressão “contratos individualizados”, aproximando-se depois da Directiva Cláusulas Abusivas ao caracterizá-los como aqueles contratos cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar. Mas, a Directiva não se destina a regular propriamente “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).

Além disso, como resulta da interpretação que fazemos do art. 37.º, o diploma das cláusulas contratuais gerais era 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 ou antes cláusulas não negociadas individualmente.

3. 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 semelhança das licenças shrink-wrap em que como 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, suscitando problemas extremamente delicados, começando, desde logo, pela sua validade. Procurando a analogia com as licenças shrink-wrap, verificamos que no direito comparado a solução do problema parece apontar em sentidos divergentes. Na Holanda, a jurisprudência superior pronunciou-se no caso *Coss v. TMDData* (1995) pela invalidade das licenças de plástico, com o argumento de que a simples abertura do invólucro não seria suficiente para a formação de acordo de vontade e, portanto, para a celebração

de um contrato. Em Inglaterra, no caso *Beta v. Adobe* (1996), a jurisprudência, criticada por alguns autores, entendeu que a licença de plástico seria apenas uma condição imposta pelo titular de direitos ao contrato de compra e venda das cópia do software, que não obstaría, nem seria afectada pela validade deste contrato. Em Singapura, no caso *Aztech PTE Ltd. v. Creative Technology Ltd* (1996-7), apesar de o tribunal de primeira instância ter considerado a licença inválida, mobilizando um precedente no domínio das patentes (caso *Betts v. Wilmott*, 1871), o tribunal de recurso pronunciou-se pela validade da licença de plástico, considerando que o adquirente da cópia do software teria acordado os termos implícitos da licença, nomeadamente a cláusula que proibia a realização da descompilação. Nos Estados Unidos, há várias jurisprudências, sendo de referir o caso *Step Saver Data Systems v. Wyse Technology* (1990-1), em que depois de a primeira instância se ter pronunciado pela validade da licença, o tribunal de recurso inverteu o sentido da decisão, com o argumento de que a abertura do invólucro não seria suficiente manifestação de vontade de contratar não havendo acesso prévio aos termos da licença.

Nesta linha, foi proposta a alteração do Uniform Commercial Code, no sentido da adição da § 2B-308(2), nos termos da qual numa transacção mercantil em massa, a menos que outra coisa seja acordada, uma obrigação ou limitação que tenha sido razoavelmente comunicada na embalagem do produto ou de outro modo antes do pagamento do preço da licença, ou que foi parte da descrição do produto, torna-se parte do contrato sem manifestação de concordância com uma licença ou uma cláusula contendo uma obrigação ou limitação. Esta proposta 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. Consagra-se assim a orientação jurisprudencial, também firmada no caso *Arizona Retail Syst. v. Software Link* (1993), e recentemente reafirmado 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.

Ora, procurando analisar a questão entre nós, podemos dizer que estas licenças de plástico serão, em regra, como se deixou implícito, contratos de adesão, uma vez que se formam pela mera adesão do cliente às cláusulas contratuais gerais predeterminadas ou pré-elaboradas pela software-house com vista a uniformizar a disciplina dos contratos de licença de utilização final de cópias do programa 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 (art. 16.º LCCG), e, nomeadamente, da sua conformidade, nos termos prescritos, com as listas 'negras' e 'cinzentas' constantes dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º LCCG, põe-se, desde logo, o problema do controlo ao nível da formação do acordo.

Ora, o problema é extremamente delicado, também não havendo, entre nós, consenso quanto à sua validade. Para uns tratar-se-ia de um exemplo claro de cláusulas ilegais impostas pelas empresas informáticas. Para outros já seriam válidas, na medida em que respeitassem os direitos mínimos dos utilizadores legalmente prescritos, isto é, na medida em que os termos da licença não violassem os direitos mínimos do utente deveriam tais estipulações ser válidas em face dos direitos de propriedade intelectual.

Todavia, contra esta última orientação importa referir que, em sede de licenças de plástico, estamos ao nível dos limites internos do direito, aos quais acrescem os limites externos impostos, nomeadamente, pela protecção do consumidor. E um problema que aqui se põe é, desde logo, saber 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 LCCG). Ora, enquanto selos-avisos de abertura da embalagem da cópia do programa, as licenças shrink-wrap parecem poder 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, LCCG).

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 LCCG).

4. Esta solução deverá valer, *mutatis mutandis*, no domínio das licenças click-wrap. A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico 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 (considerando-se que a aceitação de celebrar o contrato, por parte do destinatário do serviço, pode consistir em efectuar o pagamento em linha) e tiver confirmado a recepção desse aviso (considerando-se que o aviso de recepção por um prestador pode ser constituído pelo fornecimento em linha do serviço pago).

Prevê-se, 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 e na Directiva Contratos à Distância (97/7/CE), pois que 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, o endereço em que o prestador se encontra estabelecido, coordenadas que permitam contactar o prestador rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele, incluindo o seu endereço de correio electrónico, registo em que se encontra inscrito e número de matrícula do mesmo, caso o prestador esteja inscrito num registo comercial, e número com que está registado na sua administração fiscal para efeitos de IVA, caso exerça uma actividade sujeita a IVA, etc.

7.8. Informação Defeituosa

1. Problema delicado é saber se se aplica neste domínio o regime da responsabilidade do produtor por informação defeituosa [DL 383/89, 6.11 (LRP), transpõe a Directiva n.º 85/374/CEE, 25.7, relativa à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos].

A lei alemã responsabiliza os prestadores de teleserviços pelos conteúdos próprios que tornam acessíveis ao público e prescreve o critério da culpa in vigilando para os conteúdos de terceiros no contexto da edição electrónica, excluindo a sua responsabilidade nos casos de simples prestação de acesso a conteúdo de terceiros [§ 5 (1) TDG]. Por argumento a contrario, parece excluir o regime jurídico da Produkthaftung.

Não obstante, a questão é debatida, principalmente pelos que defendem que a responsabilidade do produtor é extensível a produtos digitalizados, como sejam os programas de computador e os produtos multimedia em geral, equiparando-os à electricidade que não é excluída da noção de produto consagrada na directiva. Tanto mais que distingue entre a prestação de serviço de acesso e a “distribuição” de produtos de informação por via electrónica, sejam produzidos pelo próprio, sejam de terceiros.

O problema da responsabilidade do produtor de informação defeituosa, em especial os programas de computador, e dos prestadores de serviços em linha constitui, é certo, uma questão horizontal, que tem a ver com a responsabilidade extracontratual na Internet e com a aplicação neste domínio de regras válidas para outros meios de comunicação, por ex., a radiodifusão audiovisual. De facto, é questionável que haja analogia entre estas duas formas de comunicação, a radiodifusão e a Internet. O que levanta o problema de saber se serão mobilizáveis no domínio da comunicação electrónica em linha os precedentes jurisprudenciais firmados no domínio dos serviços de telecomunicações de sinais televisivos, como é exemplo paradigmático o caso Hillsboro no reino Unido (Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police).

Ora, a distribuição em rede, maxime na Internet, de produtos de informação ganha significado crescente com o desenvolvimento do comércio electrónico. Em vez da informação incorporada em suportes materiais de dados, pratica-se cada vez mais a pura transferência em linha dos produtos. Por todas estas razões, não deixa de ser problemática a responsabilidade do produtor de informação e os termos do “privilégio” que a alemã terá estabelecido. Todavia, a dimensão de serviços envolvida e a natureza incorpórea destes produtos são dois argumentos favoráveis à exclusão do regime da responsabilidade objectiva do produtor deste tipo de bens. Isso permitirá clarificar a questão muito debatida de saber se a informação deverá ser considerada produto para efeitos da directiva.

2. Esta solução aproveita a uma discussão que foi travada no que respeita à qualificação dos programas de computador como produtos para efeitos do regime da responsabilidade objectiva do produtor. Por produto entende-se qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel (art. 3.º, 1, LRP).

Respondendo-se afirmativamente ao problema, então, ter-se-iam por não escritas as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade do produtor perante o lesado, em virtude da inderrogabilidade da responsabilidade do produtor (art. 10.º LRP). Tais cláusulas deveriam ser consideradas ineficazes em relação à vítima, quer fossem apostas em contratos de adesão, quer em contratos negociados. Tratar-se-ia de um desvio ao regime geral imposto pela protecção do consumidor. E, a favor da recondução dos programas de computador à noção de produto, invoca-se a sua natureza instrumental (ao nível do código-objecto), isto é, a sua função de produzir impulsos

eléctricos, sendo, nessa medida, um fenómeno magnético equiparável à energia natural com valor económico não excluída da noção de produto (art. 2.º, in fine, DRP).

Não obstante, contra a assimilação dos programas a esta noção de produto, entendido como objecto corpóreo móvel, invoca-se a natureza incorpórea dos programas de computador. Estamos perante mais um caso em que os problemas se suscitam em virtude da especial natureza dos programas. Estes são puras coisas incorpóreas, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização. É, portanto, problemático que os programas de computador, enquanto tais, integrem a noção de produto. Os programas de computador são coisas incorpóreas como é entendimento pacífico, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização. E não o deixam de ser quando a sua comercialização se processa mediante transmissão electrónica, isto é, sem um suporte material que corporiza cada exemplar produzido (disquete, banda magnética, microchip, etc.). Este, o *corpus mechanicum*, o suporte material da cópia comercializada, é que constitui uma coisa móvel, ou seja, o produto por cujos defeitos será responsável o respectivo produtor.

7.9. Aspectos Gerais

1. Por último, importa referir que os consumidores gozam de direitos consagrados na Lei do Consumidor, essa magna carta do consumidor. Trata-se do primeiro nível de explicitação normativa da garantia constitucional que inclui os direitos dos consumidores no capítulo dos direitos fundamentais (art. 60.º CRP). Nesta lei é traçado o quadro dos direitos dos consumidores, que é objecto de densificação em diversos diplomas.

Assim, por exemplo, no art. 9.º, 4, 6 e 7, são consagrados direitos já analisados em sede de vendas por correspondência e de vendas agressivas. Apesar do seu valor de Lei-Quadro, interessa referir que, em abstracto, nada parece impedir que seja aplicável no domínio do comércio electrónico para a protecção dos consumidores de serviços da sociedade da informação.

Dentro dos vários direitos que enuncia (art. 3.º et seq.), destacaremos especialmente dois: o direito à informação em particular (art. 8.º) e o direito à protecção dos interesses económicos (art. 9.º).

O primeiro traduz-se na imposição ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, entendidos em sentido amplo, do dever de, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre as características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre a vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

De igual modo devem comunicar ao potencial consumidor, de modo claro, completo e adequado, os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos. [Este direito é objecto de especial concretização no regime da segurança geral dos produtos aprovado pelo DL 311/95, 20.11, que transpõe a D 92/59/CEE, 29.6, relativa à segurança geral dos produtos.]

Em caso de violação deste direito especial à informação em particular o consumidor terá o chamado “direito de retractação” do contrato no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data da celebração do contrato de prestação de serviços. Além disso, os fornecedores em sentido amplo são solidariamente responsáveis pelos danos sofridos pelo consumidor em razão da violação de dever de informação.

O segundo, isto é, o direito à protecção dos interesses económicos, é formulado através da cláusula segundo a qual nas relações jurídicas de consumo impõe-se a igualdade material dos

intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. A redacção desta norma (art. 9.º) não é muito feliz, mormente no que respeita ao problema das cláusulas abusivas. Não obstante, reafirma a importância do regime das cláusulas contratuais gerais no domínio da protecção dos consumidores.

Consagra, porém, uma medida de protecção que se traduz no direito à assistência pós venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos (n. 5) e incumbe o Governo de adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos (n. 8). Refira-se a este propósito, que o art. 1.º do DL 230/96, 29.11, na sequência da Lei relativa à protecção dos utentes de serviços públicos (L 23/96, 26.7) — da qual os consumidores também gozam, aproveitando, por exemplo, da proibição de consumos mínimos (art. 8.º) —, estabelece, em certos termos, a gratuidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone, remetendo para a definição de consumidor constante da Lei do Consumidor.

Além disso, é de referir também que a Lei das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, 1.8) especifica dois direitos dos consumidores deste tipo de serviços: 1.º o direito de audição prévia das organizações representativas dos consumidores, como medida de protecção dos direitos dos consumidores, na aprovação dos regulamentos de exploração dos serviços de telecomunicações prestados em termos de serviço universal; 2.º o direito de controlar a facturação correspondente à utilização dos serviços de telecomunicações prestados em termos de serviço universal, nos termos a definir nos respectivos regulamentos de exploração (art. 17.º, 3 e 4).

2. Interessa frisar, para terminar, que os direitos consignados na Lei do Consumidor, bem como os referidos, nomeadamente, em matéria de vendas por correspondência ou cláusulas abusivas, parecem ser aplicáveis ao comércio na Internet. Sendo que estes direitos acarretam um leque de obrigações contratuais relativas a contratos celebrados pelos consumidores.

Ora, estas obrigações constituem justamente um dos domínios expressamente contemplados na derrogação ao princípio do país de origem do art. 22.º, 2, da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico (v. Anexo I). Significa isto que sempre caberá às autoridades nacionais o poder de controlar a sua observância no território nacional por parte dos prestadores de serviços da sociedade da informação. Não se trata sequer, portanto, de um domínio de derrogação sujeito ao procedimento de cooperação entre os Estados-membros e ao “controlo apertado” da Comissão.

Além disso, é de referir também que, nos termos do art. 19.º, 4-a, da Proposta, o Estado Português deverá estabelecer na sua administração pontos de contacto acessíveis por via electrónica, aos quais os destinatários e os prestadores dos serviços se possam dirigir para obter informações sobre os seus direitos e obrigações em matéria contratual. Neste sentido aponta também, como vimos, o art. 7.º, 1-d/e, da Lei do Consumidor.

§ 8. Conclusão

1. Assiste-se actualmente a uma expansão acelerada do comércio electrónico em virtude do crescimento exponencial da Internet. A Rede Mundial de Auto-Estradas da Informação é o mercado por excelência da economia digital à escala global, em que as «ciberempresas» exercem actividades novas como as vendas de ferramentas tecnológicas seguras de comércio electrónico (cartões inteligentes de pagamento electrónico seguro, montras virtuais seguras na Internet, etc.).

Não obstante a segurança técnica oferecida pelas tecnologias seguras, há um passo muito importante a dar e que se traduz na criação de um ambiente jurídico favorável à confiança jurídica. O leque de problemas abrange diversas categorias de interessados, desde os titulares de direitos de propriedade intelectual (marcas, direitos de autor, etc.) contra a pirataria, até ao titular de dados pessoais contra a devassa da sua privacidade, passando por vários agentes da economia digital como os prestadores de acesso condicional.

Nesse sentido, está em vias de constituição um quadro jurídico regulamentar a nível internacional, europeu e nacional destinado a regular o comércio electrónico e a acautelar os interesses dos diversos agentes envolvidos. São de referir, em especial, várias iniciativas a nível comunitário, particularmente a Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico, bem como as relativas às assinaturas digitais e moeda electrónica.

2. Neste trabalho procurámos compreender os termos em que o quadro proposto de regulamentação de certos aspectos do comércio electrónico acautela os interesses de um especial grupo de interesses: os interesses dos consumidores dos chamados serviços da sociedade da informação. Os aspectos principalmente versados consistem, especialmente, na identificação e responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, na comunicação comercial por correio electrónico, e nos contratos celebrados por via electrónica.

A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico foi objecto de críticas, destacando-se os seus potenciais efeitos negativos sobre os padrões normativos de protecção dos consumidores dos Estados-membros resultantes da aludida aplicação universal do país de origem no domínio da prestação de serviços da sociedade da informação.

Porém, analisando o teor da Proposta, constatamos que prevê diversas derrogações a esse princípio. No domínio das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e da comunicação comercial não solicitada por correio electrónico ou por uma comunicação comercial equivalente, a Proposta salvaguarda, em qualquer caso, o poder de os Estados-membros controlarem a observância das suas legislações nacionais no exercício desta actividade de prestação de serviços, para além de prever medidas especiais destinadas a essa protecção.

Alem disso, a defesa dos consumidores é apresentada como uma das razões justificativas da necessidade de tomar medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu. É verdade que se prevê um procedimento de cooperação entre os Estados-membros e a sujeição ao controlo da Comissão, que fiscalizará a sua conformidade ao direito comunitário. Não obstante, este controlo de conformidade ao direito comunitário não é limitado às medidas de harmonização já adoptadas no domínio do consumo, mas antes aos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas restritivas desta liberdade fundamental no mercado europeu.

Assim, apesar de em nossa opinião as críticas referidas não resistirem a uma análise mais demorada da Proposta, identificámos alguns exemplos de normas legais vigentes no ordenamento jurídico nacional. Trata-se de regras adoptadas em matérias não objecto de harmonização do direito do consumo ou em reforço de harmonização mínima. Em domínios como a publicidade, as cláusulas contratuais gerais, os contratos à distância, as viagens não organizadas e aspectos gerais, fizemos uma pesquisa de exemplos de normas legais não abrangidas pelo acervo comunitário sobre direito dos consumidores.

O propósito desta investigação foi identificar normas de protecção dos interesses dos consumidores susceptíveis de aplicação no ambiente de comércio electrónico dos serviços da sociedade da informação. Não se tratou, portanto, de cuidar da sua (des)conformidade ao direito comunitário, em sintonia com os termos em que se deverá equacionar o problema face à Proposta de Directiva.

Bibliografia

1. Geral

- Ascensão, J. Oliveira (et al.), Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos, Coimbra: Almedina, 1999
- Bartsch, Michael / Lutterbek, Bernd (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, Köln: Otto Schmidt, 1998
- Bellefonds, Xavier Linant de / Hollande, Alain, Droit de l'Informatique et de la Télématicque, 2e éd., Paris: Delmas, 1990
- Bender, David, Computer Law, I, II, New York: Mathew-Bender, 1997
- Bensoussan, Alain (dir.), Internet, aspects juridiques, Paris: Hèrmes, 1996
- Borruso, Renato, Computer e Diritto. I, II, Milano: Giuffrè, 1988
- Bruhn, Manfred, Multimedia-Kommunikation, München: Beck, 1997
- Comissão das Comunidades Europeias: Comunicação Comercial no Mercado Interno, Livro Verde, 1996, e o respectivo Seguimento, 1998; 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, Livro Verde, 1997; Plano de acção para fomentar a utilização segura da Internet, Comunicação, 1997; Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico, Comunicação, 1996; Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet, Comunicação, 1996; Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno, Livro Verde, 1996; A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção, 1994
- Comunicação e Defesa do Consumidor. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996
- D'Ellia, Isabella / Ciampi, Constantino, Informatica, telematica e nuove tecnologie dell'informazione (normativa nazionale e comunitaria), I, II, Padova: Cedam, 1990
- Demnard-Tellier (dir.), Le multimedia et le droit, Paris: Hèrmes, 1996
- Downing, Robbie, EC Information Technology Law, Chicester: Wiley, 1995
- Egan, Bruce L., Information Superhighways (the economics of advanced public communication networks), Boston/London, Artech House, 1991
- Fiedler, Herbert (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, Köln: Schmidt, 1992
- Fiedler, Herbert / Ullrich, Hanns (Hrsg.), Information als Wirtschaftsgut, Köln: Schmidt, 1997
- Forester, Tom, The Information Technology Revolution, Oxford: Blackwell, 1990
- Giannantonio, Ettore (ed.), Law and Computers, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1989, I. Legal Informatics, II. Judicial and Administrative Informatics, Milano: Giuffrè Editore, 1991
- Gonçalves, Pedro, Direito das Telecomunicações, Coimbra: Almedina, 1999
- Heymann, Thomas (Hrsg.), Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa, Köln: Schmidt, 1995
- Hilty, Reto (Hrsg.), Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen), München: Beck, 1996
- Hoeren, Thomas, Rechtsfragen des Internet, Köln: RWS, 1998
- Huet, Jérôme / Maisl, Herbert, Droit de l'informatique et des télécommunications, Paris: Litec, 1989

- Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (Bruce Lehman, Ronald Brown), September 1995
- Iteanu, O., Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique, Paris: Eyrolles, 1996
- Jürgen, Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, Baden-Baden: Nomos, 1996
- Katsch, M. Ethan, Law in a Digital World, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995; The Electronic Media and the Transformation of Law, New York/Oxford: Oxford University Press, 1989
- Legal Aspects of Multimedia and GIS, Legal Advisory Board Conference, Lisbon - 27/28 October 1994
- Lehmann, Michael (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997
- Lowenheim, Ulrich / Koch, Frank (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, Weinheim: VCH, 1998
- Missão para a Sociedade da Informação, Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, MSI, 1997
- Monteiro, A. Pinto (dir.), As Telecomunicações e o Direito na “Sociedade da Informação”, Colóquio, Instituto Jurídico da Comunicação, Abril de 1998
- Negroponte, Nicholas, Being Digital, New York: Knopf, 1995
- Pereira, Alexandre L. Dias, 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
- Perritt, Jr., Henry H., Law and the Information Superhighway, New York: Wiley, 1996
- Ribas Alejandro, Javier, Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet, Pamplona: Aranzadi, 1999
- Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, Direito no Ciberespaço (seguido de um glossário de termos e abreviaturas), Lisboa: Cosmos, 1996
- Rocha, Manuel Lopes, Do Direito da Informática em Geral ao Direito da Informática em Portugal (estudo introdutório), in Direito da Informática, Lisboa: Cosmos, 1994, p. 38
- Rossnagel, Alexander, Recht der Multimedia-Dienste: Kommentar, München/Köln: Otto Schmidt, 1999
- Scott, Michel, Multimedia: Law and Practise, New York: Prentice Hall, 1993
- Sédallian, Valérie, Droit de l’Internet, Paris: Net Press, 1997
- Sieber, Ulrich (ed.), Liability for On-line Data Bank Services in the European Community, Köln: Heymann, 1992
- Silva, Libório / Remoaldo, Pedro, Introdução à Internet, 2.^a ed., Lisboa: Presença, 1996
- Tapscott, Don, Economia Digital, São Paulo: Makron Books, 1997
- Tinnefeld, Marie-Theres / Phillips, Lothar / Heil, Susanne (Hrsg.), Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, Baden-Baden: Nomos, 1995
- Vivant, Michel / Le Stanc, Christian / Rapp, Lucien / Guibal, Michel, Lamy droit informatique: informatique, télématique, reseaux (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992
- Wand, Kryptologie, in Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, p. 35

2. Temática

A. Proposta de Directiva sobre Aspectos Jurídicos do Comércio Electrónico

- M. Pupo Correia, Os contratos e o comércio electrónico, Coimbra: IJC, 1999; Maennel, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, p. 187; Hoeren, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, p. 192; Brisch, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, p. 235; Lehmann, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EU Kommission, ZUM 1999, p. 180; Spindler, Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, p. 199

B. EDI, Documento Electrónico e Assinaturas Digitais

M. Pupo Correia / J. Mariano, Introdução à problemática jurídica do EDI, 2ed., Lisboa: SVA-Marconi, 1991; Syx, Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques, DIT 3/1986, p. 133; V. Franceschelli, Computer, documento elettronico e prova civile, GI 1988, p. 314; Amory / Schauss, Edi as a way to conclude contract, Giannantonio, The Legal Value of the Electronic Document, ambos in Giannantonio (ed.), Law and Computers, II, p. 1395, p. 1361, respectivamente; Fritzmeyer / Heun, Rechtsfragen des EDI, CR 1992, p. 129, p. 198; Xueref / Brouss, EDI: des “Editerms” pour traiter les problèmes juridiques de l’Exchange de Données Informatisées, DIT 1/1992, p. 6; Mynard, Télématique et preuve en droit civil québécois et français: une antinomie?, DIT 4/1992, p. 15; Caprioli, Aspects juridiques du concept d’Editerms, DIT 1/1994, p. 14, Contribution à la définition d’un régime juridique pour la conservation des documents: du papier au message électronique, DIT 3/1993, p. 5; Kilian, Zweck und Inhalt des deutschen EDI-Rahmenvertrages, CR 1994, p. 657; Finocchiaro, Documento elettronico, CI 1994, p. 432; Walden, EDI-Austauschvereinbarungen, CR 1994, p. 1; Zagami, Firme <digitale>, crittografia e validità del documento elettronico, DII 1996, p. 151; Finocchiaro, Documento informatico e firma digitale, CI 1998, p. 956; Schumacher, Digitale Signaturen in Deutschland, Europa und den U.S.A., CR 1998, p. 758; Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique (signature numérique et autorité de certification), JCP 1998, p. 583; Rosnagel, Das Signaturgesetz nach Zwei Jahren, NJW 1999, p. 1591

C. Contratos à Distância e Protecção do Consumidor

A. Pinto Monteiro, Protecção jurídica do consumidor de serviços de telecomunicações, in As Telecomunicações e o Direito na “Sociedade da Informação”, Colóquio IJC: Coimbra, 1998 (em vias de publicação); no direito comparado, Arnold, Verbraucherschutz im Internet, CR 1997, p. 526; Valentino, Obblighi di informazione e vendite a distanza, Rassegna 1998, p. 375; Köhler, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, p. 185; Barbry, Le droit du commerce électronique: de la protection... à la confiance, DIT 2/1998, p. 14; Martinek, Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, p. 207; Trochu, Protection des consommateurs em matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997, Recueil Dalloz 1999, p. 179; v. ainda, A. Pinto Monteiro, Harmonisierung des Portugiesischen Verbraucherschutzrechts, BFD 1993, p. 351; sobre a lei da protecção dos utentes de serviços públicos, A. Pinto Monteiro, A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais, in AJURIS 1998, p. 220 [Revista dos Juizes do Rio Grande do Sul, Edição Especial: 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, 3º Congresso Ibero-Latino-Americano de Direito do Consumidor, 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 8-11 de março, 1998 - Gramado-RS, Brasil]

D. Cláusulas Abusivas e “Licenças de Plástico” (Shrink-Wrap, Click-Wrap)

M. Almeida Costa / A. Menezes Cordeiro, Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra Almedina, 1990; A. Pinto Monteiro, El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, RDM 1996, p. 79, The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law, ERPL 1995, p. 231, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur, BFD 1993, p. 161, Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), ROA 1986, p. 733; J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá, Das Portugiesische AGB-Gestz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Missbräuchliche Klauseln in Verbracherverträgen, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coimbra: Almedina, 1999

M. Lopes Rocha, Contratos de licença de 'software', in Num Novo Mundo do Direito de Autor?, II, Lisboa 1994, p. 700 s; no direito comparado, Graham, Shrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive, CLJ 1992, p. 597; Ward / Durrant, Shrink-wrap Licences Revisited: Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited, CoL 1994, p. 174; Lemley, Intellectual Property and Shrink-Wrap Licenses, California LR 1995, p. 1239; Gardner, Shrink-wrap Licences: Beta v. Adobo, CL 1996, p. 5; Kochinke / Günther, Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA, CR 1997, p. 129; Girot, Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé, DIT 1/1998, p. 7

E. *Responsabilidade dos Produtores de Informação e dos Prestadores de Serviços em Linha*

J. Sinde Monteiro, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra: Almedina, 1989; J. Calvão da Silva, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra: Almedina, 1990; Zaccaria, La responsabilità del <produttore> di software, CI 1993, p. 294; Triaille, Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données, information, DIT 4/1990, p. 37, L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software, DII 1990, p. 725; Tarter, Information Liability: New Interpretation for the Electronic Age, CLJ 1992, p. 481; Lehmann, Produkt- und Produzentenhaftung für Software, NJW 1992, p. 1721; Günther, Produkthaftung für Software (Ein obiter dictum aus den USA), CR 1993, p. 544; Kullmann, Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland, ERPL 1994, p. 215; Darío Bergel, Informática y responsabilidad civil, in Altmark (dir.), Informática y Derecho, II, p. 155

Vandenbergh, European Perspectives, in Sieber (ed.), Liability for On-Line Data Bank Services, p. 387; Sieber, Haftung für Online-Datenbanken, in Fiedler (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, p. 69; D'Orazio / Zeno-Zencovich, Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici, DII 1990, p. 421; Dupuis-Toubol / Tonnelier / Lemarchand, Responsabilité civile et Internet, JCP 1997, p. 640; Koch, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, p. 193; Waldenberger, Zur zivilrechtlichen Verantwortung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 1997, p. 176; Schaefer, / Rasch / Braun, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern, ZUM 1998, p. 451; Macmillian / Blakeney, The Internet and Communications Carrier's Copyright Liability, EIPR 1998, p. 52

F. *Internet, Radiodifusão e Webcasting*

R. Assis Ferreira, Breves reflexões sobre a Webcasting, 1999; Griese / Sieber, Internet als erste Ausbaustufe des Information Highway, Rehbinder, Soziologisches zum Information Highway, ambos in Hilty (Hrsg.), Information Highway, p. 43, p. 87, respectivamente; Büttler, Information Highway — Rundfunk- oder Fernmeldedienst?, in Hilty (Hrsg.), Information Highway, p. 171; Kurihara, Broadcasting in the Digital Environment, UFITA 1996, p. 93; Weisser, Dienstleistung zum Vertrieb digitaler Pay TV-Angebote, ZUM 1997, p. 877; Engel, Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in fernsehkabelnetzen (Kabellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen), ZUM 1997, p. 309; Engel-Flehsig, Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, p. 106; Cave / Cowie, Not Only Conditional Access (Towards a Better Regulatory Approach to Digital TV), C&S 1998, p. 77; Ring, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, p. 358; Zeno-Zencovich, La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche, DII 1998, p. 15

G. *Ciberespaço, Multimedia e Sociedade da Informação*

J. Oliveira Ascensão, O Direito de Autor no Ciberespaço, Separata de Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 83; Endtner, Internet - (k)ein urheberrechtlich ungeschützter Raum?, NJW 1996, p. 975; Wachter, Multimedia und Recht, GRUR Int. 1995, p. 860; Cameron, Approaches to the Problems of Multimedia, EIPR 1996, p. 115; Mayer, Recht und Cyberspace, NJW 1996, p. 1782; Müller-

Hengstenberg, Nationale und internationale Rechtsprobleme im Internet, NJW 1996, p. 1777; Kitagawa, Copymart: A Proposal for a Copyright Market Based on Contract, UFITA 1996, p. 77; Gambino, Commercio telematico dei beni immateriali, CI 1997, p. 710; Mitchell, Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society: Review, Harvard JL&T 1997, p. 377; Lessig, The Zones of Cyberspace, Stanford LR 1997, p. 1403; Tettenborn, Europäische Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft, MMR 1998, p. 18

Nota de Atualização*

1. Deve-se ao extraordinário desenvolvimento da informática e das telecomunicações, incluindo a radiodifusão por satélite e cabo, a chamada *revolução das tecnologias da informação e da comunicação* (TIC). A digitalização dos conteúdos informativos, a convergência multimedia e a interoperabilidade tecnológica estão na base do crescimento exponencial da utilização da Internet e da Televisão Interactiva e da expansão do ambiente digital em rede.

Em conformidade, a construção da *Sociedade da Informação* surge como uma missão política fundamental neste limiar de milénio ¹, ao mesmo tempo que, numa visão de teor mais económico, se afirma a emergência da *Economia Digital* através do comércio electrónico em redes privadas e abertas (WWW) ². Numa perspectiva porventura mais futurista, anuncia-se, inclusivamente, o advento de uma nova civilização, que se chamaria Cibéria em homenagem ao espaço vital dos seus habitantes: o *Ciberespaço*.

À semelhança do que antes se passou com o surgimento de novas tecnologias da comunicação, como a Imprensa, o Telefone, a Rádio e a Televisão, esta nova realidade é moldada, em larga medida, pelo *paradigma tecnológico dos computadores digitais em rede* ou sistemas informáticos em linha, a cujo código se converteram os média tradicionais (por ex., a televisão digital interactiva) operando agora, convergentemente, em termos de *interoperabilidade*.

As novas possibilidades da técnica, se, por um lado, trazem inegáveis vantagens em termos comunicativos, por outro, acarretam um *risco acrescido de lesão de interesses de índole diversa*, para além de exigirem um esforço de normalização. Deste modo, a Sociedade da Informação e a Economia Digital levantam uma série *questões jurídicas* ³.

O nosso livro sobre o comércio electrónico na sociedade da informação procurou colocar à disposição do público um estudo relativo a certos elementos destinados a regular essas questões. Porém, trata-se apenas de alguns elementos, ressaltando-se, portanto, a adequação de outros diplomas aí não referidos, mormente a Constituição e os Códigos tradicionais, aos problemas jurídicos do suporte electrónico do ambiente digital em rede. Além disso, o nosso trabalho centrou-se principalmente na problemática da protecção dos consumidores no comércio electrónico.

2. Os *desenvolvimentos legais* entretanto surgidos justificariam já uma segunda edição actualizada, revista e aumentada. Nesta segunda edição seriam tratados certos problemas jurídicos das comunicações electrónicas, como sejam as questões do comércio electrónico relativas à defesa dos consumidores, à protecção dos dados pessoais, à propriedade intelectual, à criminalidade informática e à utilização segura da Internet e a questão do branqueamento de capitais neste ambiente. Além disso, considerar-se-iam certos aspectos das telecomunicações, incluindo o regime dos serviços públicos essenciais (como o telefone), a radiodifusão digital, a televisão interactiva e a protecção dos serviços de acesso condicional. Outro domínio abordado no nosso livro diz respeito à publicidade na Internet, incluindo o patrocínio e as televendas. Por outro lado, uma problemática cada vez mais importante no quadro da sociedade da informação prende-se com o problema do acesso à informação do sector público. Além disso, interessaria considerar os problemas da informatização da Administração, da moeda electrónica, sistemas de pagamento electrónico e cartões de crédito.

* Nota de actualização publicada como e-book no site da Almedina em dezembro de 2000.

Ora, enquanto estiver a ser preparada a segunda edição, consideramos conveniente, tal como nos foi pedido pela Editora, esboçar aqui um *quadro de elementos jurídicos* relativos à ampla e complexa problemática das comunicações electrónicas, condensando alguns elementos em torno de alguns *tópicos principais*.

Assim, referimos nesta recolha de actualização elementos relativos à problemática jurídica do *comércio electrónico*, desde aspectos mais gerais⁴, até questões mais específicas como o problema dos *documentos e das assinaturas electrónicas* no direito interno⁵, no direito europeu⁶ e no direito internacional⁷, passando pelo problema da fiscalidade⁸ e outros aspectos, como os regulados na *Directiva sobre o comércio electrónico* e no diploma sobre as *normas técnicas* que define os serviços da sociedade da informação⁹. Neste contexto consideramos também as questões da *moeda electrónica* e dos sistemas de pagamento electrónico, como cartões de crédito, incluindo aqui elementos de direito nacional¹⁰ e comunitário¹¹, bem como a *Directiva sobre as instituições de moeda electrónica*¹².

Além disso, demos especial relevo ao problema da *defesa do consumidor* no comércio electrónico, começando pela Lei que define o regime de base¹³. Consideramos aplicável, neste domínio, o regime da venda por correspondência¹⁴, antes mesmo da transposição da Directiva dos Contratos à Distância¹⁵. De igual modo, destacámos o regime das cláusulas contratuais gerais e abusivas¹⁶, muito salientado pelo Conselho¹⁷, o regime da indicação dos preços¹⁸, e do crédito ao consumo¹⁹. Além disso, incluímos nesta recolha algumas medidas comunitárias recentes sobre acções inibitórias²⁰ e vendas de bens de consumo e suas garantias²¹, bem como uma proposta em discussão sobre comercialização à distância de serviços financeiros²² e, ainda, uma referência às recomendações do Conselho da OCDE sobre a protecção do consumidor no comércio electrónico²³.

O regime da *publicidade* é também de grande importância para a protecção do consumidor na comunicação electrónica. Não obstante, pela complexidade de interesses que se cruzam neste domínio, dedicámos um espaço próprio à publicidade, incluindo aqui o Código da Publicidade²⁴, bem como alguma legislação complementar²⁵ e medidas de harmonização comunitária do direito publicitário²⁶.

Por outro lado, o suporte electrónico do ambiente digital em rede levanta a questão jurídica da protecção dos *dados pessoais* na informática e da privacidade nas telecomunicações. Nesse sentido, referimos a principal legislação neste domínio²⁷, acrescida de alguns diplomas conexos²⁸.

Outra área especialmente importante neste contexto é a *propriedade intelectual*. Destacámos, aqui, a protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores²⁹, dos *programas de computador*³⁰ e das *bases de dados electrónicas*³¹, a questão dos *nomes de domínio*,³² e a problemática da utilização de obras e prestações protegidas no ambiente digital, particularmente no que respeita à protecção dos *sistemas técnicos* de identificação (tatuagem electrónica) e das medidas tecnológicas de protecção (dispositivos anti-cópia e anti-acesso) no direito internacional³³ e no instrumento comunitário em discussão³⁴. Outras medidas especiais de protecção da propriedade intelectual também aqui incluídas dizem respeito à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo³⁵, bem como ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos³⁶.

O domínio das *telecomunicações* assume especial relevo no quadro das comunicações electrónicas. Incluímos nesta recolha os principais regimes relativos às *redes* de telecomunicações e à *prestação de serviços* de telecomunicações³⁷, bem como certos elementos de direito comunitário mais recentes³⁸. Depois, sendo o telefone um serviço público essencial, dedicámos um espaço próprio à protecção do utente de *serviços públicos essenciais*³⁹. Além disso, são também incluídos outros aspectos das telecomunicações em sentido amplo, como a *radiodifusão sonora*⁴⁰, a *televisão*⁴¹, a *distribuição por cabo*⁴², os *serviços de audiotexto*⁴³. Neste quadro abrangemos, ainda, a directiva comunitária de *protecção dos serviços de acesso condicional*⁴⁴.

Uma área que não poderia ser omitida no quadro do direito electrónico diz respeito à *criminalidade informática* e ao chamado *cibercrime*. Nesse sentido, são contempladas nesta recolha a Lei da Criminalidade Informática e as implicações já tipificadas do suporte electrónico no processo penal⁴⁵. Além disso, incluímos aqui uma medida comunitária em discussão sobre a utilização do sistema financeiro para efeitos de

branqueamento de capitais⁴⁶, e ainda elementos relativos à *segurança dos sistemas de informação e à utilização segura da Internet* através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos⁴⁷.

O *acesso à informação do sector público*, em termos de igualdade material e contra os chamados info-excluídos, é um aspecto fundamental da Sociedade da Informação. Este aspecto foi, aliás, objecto de especial preocupação por parte do nosso legislador, como resulta dos diplomas referidos⁴⁸. Relacionam-se especialmente com esta matéria as medidas relativas à criação da infra-estrutura informática administrativa ou *informatização da administração*⁴⁹, por um lado, e o problema do acesso e da *interoperabilidade das redes de intercâmbio electrónico de dados* entre administrações⁵⁰, por outro.

3. Assim, esta nota de actualização propõe-se dar um contributo abrangente para o tratamento de questões jurídicas das *comunicações electrónicas*, mediante uma recolha de elementos sobre os referidos aspectos. Contra um aparente estado de “anarquia em linha”, esta recolha permite constatar que, em diversos domínios, *o ambiente digital em rede não é um espaço livre de direito*. Além disso, constituirá um instrumento de clarificação da “teia jurídica” que se começa a esboçar no universo das comunicações electrónicas, procurando fornecer ao público uma primeira actualização do quadro jurídico do comércio electrónico na sociedade da informação.

Esperamos assim que esta nota possa complementar o nosso livro, enquanto estiver a preparação da sua segunda edição, através de uma remissão para os principais diplomas neste domínio. Segue em anexo o texto da “Directiva sobre o comércio electrónico”; o texto da proposta, incluído em apêndice no livro, terá ainda importância para estudos sobre os trabalhos preparatórios, com especial relevo no âmbito do elemento histórico da interpretação.

Notas

¹ 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.

² *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

³ Para um breve inventário destas questões, veja-se, entre nós, o Ponto 9 do documento pioneiro da Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, 1997. Tal como referimos no livro (*Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*), com o novo ambiente digital em rede assiste-se a uma passagem do do EDI para o Comércio Electrónico na Internet. Afirma-se a economia digital das “ciberempresas” no mercado virtual da Internet. Mas, para além das empresas tecnológicas, dá-se também a migração das empresas tradicionais para o mercado electrónico.

Neste contexto a rede electrónica global impõe determinados imperativos tecnológicos. Por um lado, a interoperabilidade e a convergência tecnológica (informática, audiovisual, telecomunicações). Por outro lado, a segurança técnica (as “tecnologias seguras”): a) *assinaturas digitais e serviços de certificação* – autenticidade e integridade dos dados; b) *cifragem e envelopes criptográficos* - confidencialidade dos dados. Sobre as questões tecnológicas veja-se, nomeadamente: *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*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997; *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996; *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas – contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997; *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*.

É complexo definir o comércio electrónico. Segundo uma noção puramente indicativa, trata-se da negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. São identificáveis duas modalidades principais de comércio electrónico. Por um lado, o comércio electrónico directo, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa (em linha) de bens incorpóreos e serviços (por ex., compra e venda “on line” de programas

de computador e conteúdos de diversão, serviços de informação). Por outro lado, o comércio electrónico indirecto, que se traduz 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. Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

O comércio electrónico baseia-se nos chamados serviços da sociedade da informação. A lei define-os como qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração (cfr. o Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril, que transpõe para o direito interno a 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). Exemplos de actividades económicas abrangidas por esta definição serão, nomeadamente, a venda em linha de mercadorias (1), serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha (2), os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico (3).

Diversos documentos oficiais definiram já o quadro geral de problemas dos serviços da sociedade da informação, em que assenta o comércio electrónico. Veja-se, entre nós: *Livro Verde Para A Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), 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. No plano comunitário, veja-se, especialmente, a *Iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM (97) 157 final. A nível do direito comparado, veja-se, nos EUA: William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998. E, a nível internacional poderá ver-se, nomeadamente: *OECD Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Paris, Oct. 1999.

No espaço europeu, a Comissão Europeia tem sido um verdadeiro motor deste processo de adaptação do direito à nova realidade. Com efeito, em ordem à criação de um quadro regulamentar da Sociedade da Informação, traçado na sequência do Relatório Bangemann sobre *A Europa e a Sociedade da Informação* (1994), foram propostas e adoptadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Assim foram adoptadas Directivas, por exemplo, sobre Bases de Dados Electrónicas (96/9/CE), Protecção de Dados Pessoais (95/46/CE), Contratos à Distância (97/7/CE), Serviços de Telecomunicações (97/13/CE), Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE), Transparência Regulamentar (98/34 e 48/CE), Serviços de Acesso Condicional (98/84/CE) e Assinaturas Electrónicas (1999/93/CE). Além disso, foram apresentadas propostas de directivas sobre Direitos de Autor na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10.12, entretanto alterada, COM(99) 250 final], Comercialização à Distância de Serviços Financeiros [COM(98) 297 final, 13.5], e especificamente sobre Comércio Electrónico [COM(98) 586 final, 18.11], esta última entretanto alterada [COM(99) 427 final] e já aprovada: Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

Entre nós, a necessidade de se viabilizar o comércio electrónico num ambiente baseado na economia digital foi identificada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação. Com base nisso, o Conselho de Ministros resolveu criar a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, definindo-lhe como objectivos genéricos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico (Resolução n.º 115/98). Nesse quadro incluir-se-iam o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e às assinaturas digitais, bem como à factura electrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transacções efectuadas por via electrónica, à protecção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à protecção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adoptados vários diplomas, nomeadamente, sobre a protecção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro), normas técnicas (Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril) e bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho), destinados, no essencial, a transpor as Directivas comunitárias. Além disso, foi adoptado o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto), procedeu-se à equiparação da factura

electrónica à factura em suporte papel (Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro), tendo sido aprovados, a nível governamental, o *Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico* (Resolução do Conselho de Ministros 94/99) e, ultimamente, a *Iniciativa Internet - Portugal Digital* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000).

⁴ Cfr. *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. No plano interno, A 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; *Iniciativa Internet - Portugal Digital* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000)

5. No plano interno, *vide*: Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e das Assinaturas Digitais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto; mais recentemente o Decreto-Lei n.º 234/2000 de 25 de Setembro criou o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais; Equiparação entre a factura emitida em suporte papel e a factura electrónica estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro (regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de Outubro). 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);

6. Directiva n.º 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

⁷ *Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996* (with additional article 5 bis as adopted in 1998); *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*. No direito comparado veja-se, por exemplo, a UTAH, *Digital Signature Act*, 1996, em Itália a L. n.º 59-97, art. 15., 11.3.1997 e na Alemanha a *Signaturverordnung – SigV*, Art. 11 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*, 1.8.1997).

⁸ *Comércio Electrónico e Fiscalidade Indirecta*: Comunicação da Comissão ao Conselho de Ministros, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social. Veja-se a Proposta de Directiva do Conselho que altera a Directiva 77/388/CEE no que se refere ao regime do imposto sobre o valor acrescentado aplicável a determinados serviços prestados por via electrónica. Sobre as comunicações electrónicas no domínio fiscal veja-se também o Código de Procedimento e de Processo Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99 de 26 de Outubro.

⁹ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»); Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril: Transpõe para o direito interno a Directiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade da informação (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).

O problema do regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em linha foi objecto de harmonização pela “Directiva sobre o comércio electrónico”, que regula a problemática de forma horizontal [Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”)]. No direito comparado, é de destacar, para além da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços (*Teledienstgesetz — TDG*, Artigo 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação - *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz — IuKDG*, de 1 de Agosto de 1997), a *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* no quadro da DMCA (*The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998, Tit. II), que cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de actividades (“mere conduit”, “system caching”, “hosting”), prevendo ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de

localização de informação (“browsing”, “crawling”, “linking”), que a Directiva sobre comércio electrónico remeteu para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Directiva. Com efeito, enquanto a DMCA veio isentar os prestadores de serviços em linha relativamente a actividades de “hyperlinks” e prestação de motores de pesquisa, a nível comunitário, a Directiva sobre o comércio electrónico deixou esta matéria para a legislação dos Estados-membros, embora tenha incumbido a Comissão de estudar a questão e propor eventuais alterações à Directiva se tal for considerado necessário. Sobre a problemática jurídica dos “hyperlinks”, dos “frames” e dos “metatags”, *vide*, entre nós, Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags: A Segunda Geração de Referências na Internet*, in www.digital-forum.net.

- 10 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).
- 11 Recomendação da Comissão de 8 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) (87/598/CEE); Recomendação 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 (88/590/CEE); Recomendação 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 emitente e o detentor (97/489/CE).
- 12 Directiva 2000/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Setembro de 2000 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial.
- 13 Lei n.º 24/96 de 31 de Julho: Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores.
- 14 Regime da venda ao domicílio e por correspondência: Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95 de 13 de Setembro.
- 15 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.
- 16 Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais: Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, e 249/99, de 31 de Julho; Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.
- 17 Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação.
- 18 Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 162/99 de 13 de Maio que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 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.
- 19 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); 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.
- 20 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.

- 21 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.
- 22 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.
- 23 Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce.
- 24 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.
- 25 Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro (regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia); Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio (regula a publicidade a serviços de audiotexto); Regime jurídico da publicidade dos medicamentos para uso humano (Decreto-Lei n.º 100/94 de 19 de Abril, alterado pelos Decretos-Lei n.º 48/99, e n.º 170/98 de 25 de Junho); Decreto-Lei n.º 203/95 de 3 de Agosto (publicidade ao tabaco em provas desportivas integradas em campeonatos da Europa ou do mundo); Lei n.º 1/99 de 13 de Janeiro (aprova o Estatuto do Jornalista); Lei n.º 2/99 de 13 de Janeiro (aprova a Lei de Imprensa).
- 26 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.
- 27 Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro: Lei da Protecção de Dados Pessoais (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); Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro: Regula o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (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).
- A nível europeu foi recentemente adoptada a Decisão da Comissão de 26 de Julho de 2000 nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de "porto seguro" e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América.
- No plano internacional veja-se, nomeadamente, a *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.
- 28 Decreto-Lei n.º 309/98 de 14 de Outubro (regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna no âmbito da actividade de segurança privada); Decreto-Lei n.º 352/99 de 3 de Setembro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária); Lei n.º 62/99 de 2 de Março (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos em matéria de identificação criminal e de contumazes da Direcção-Geral dos Serviços Judiciários); Decreto-Lei n.º 395/99 de 13 de Outubro (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra).
- 29 Directiva do Conselho de 16 de Dezembro de 1986 relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores (87/54/CEE), transposta pela Lei n.º 16/89 de 30 de Junho.
- 30 Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro (transpõe a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador).
- 31 Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho (transpõe 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 o multimedia, vide Portaria n.º 279/2000 de 22 de Maio: Aprova o Regulamento de Apoio Financeiro ao Desenvolvimento de Projectos Multimedia e Produção de Obras Multimedia. 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, desenvolvidamente, Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998 (em publicação na *stvdia ivridica*)

- 32 Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97: Regulamenta o registo e gestão dos nomes de domínios da Internet para Portugal; DNS.PT – Serviço de Registo de Domínios de PT. No direito internacional veja-se, especialmente, *Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process*, 1999.
- 33 Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Prestações e Fonogramas (Genebra, 1996).
- 34 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]. Ver, mais recentemente, a Posição Comum (CE) N.º 48/2000 adoptada pelo Conselho em 28 de Setembro de 2000 tendo em vista a adopção da Directiva 2000/.../CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de ..., relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Veja-se também o Livro Verde da Comissão *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade da informação*, COM(95) 382 final, 19.07.1995, e o respectivo *Seguimento* - COM(96) 568 final, 20.11.1996. No direito comparado, veja-se no Brasil a Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998 e, nos EUA, o Livro Branco *Intellectual Property and the National Information Infrastructure : The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, September 1995, de que resultou a *Digital Millennium Copyright Act* (1998).
- 35 Decreto-Lei n.º 333/97 de 27 de Novembro (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a directiva comunitária n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, que implica alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos em matéria respeitante a determinadas disposições aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo).
- 36 Decreto-Lei n.º 334/97 de 27 de Novembro (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a directiva comunitária n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro, que implica alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos em matéria respeitante à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos).
- 37 Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto: define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações); Decreto-Lei n.º 381-A/97 de 30 de Dezembro (regula o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público em desenvolvimento da Lei de Bases das Telecomunicações, e transpõe para o direito interno as Directivas 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão, e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho); Decreto-Lei n.º 92/99 de 23 de Março (revoga o artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro); Decreto-Lei n.º 290-A/99 de 30 de Julho (estabelece as condições gerais a que obedece a exploração de redes públicas de telecomunicações no território nacional tendo em vista a oferta de rede aberta, incluindo a oferta de circuitos alugados); Decreto-Lei n.º 290-B/99 de 30 de Julho (aprova o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público); Decreto-Lei n.º 290-C/99 de 30 de Julho (define o regime de estabelecimento e de utilização de redes privadas de telecomunicações); Decreto-Lei n.º 458/99 de 5 de Novembro (define o âmbito do serviço universal de telecomunicações e estabelece os respectivos regimes de fixação de preços e de financiamento); Decreto-Lei n.º 474/99 de 8 de Novembro (aprova o Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone); Decreto-Lei n.º 59/2000 de 19 de Abril (estabelece o novo regime jurídico de instalação das infra-estruturas de telecomunicações em edifícios e respectivas ligações às redes públicas de telecomunicações, bem como o regime da actividade de certificação das instalações e avaliação de conformidade de equipamentos, materiais e infra-estruturas); Portaria n.º 532-A/2000 de 31 de Julho (aprova o regulamento do concurso público para atribuição de quatro licenças de âmbito nacional para os sistemas de telecomunicações móveis internacionais - IMT2000/UMTS); Decreto-Lei n.º 82/2000 de 11 de Maio (cria a Portugal Global); Portaria n.º 532-B/2000 de 31 de Julho (fixa o montante da taxa a que está sujeito o acto de atribuição de frequências a cada uma das entidades licenciadas para os sistemas de telecomunicações móveis internacionais - IMT2000/UMTS).
- 38 Directiva 98/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Fevereiro de 1998 relativa aos equipamentos terminais de telecomunicações e aos equipamentos das estações terrestres de comunicação via satélite, incluindo o reconhecimento mútuo da sua conformidade; Directiva 1999/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 1999 relativa aos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e ao reconhecimento mútuo da sua conformidade; Decisão da Comissão de 7 de Julho de 1999 relativa a um regulamento técnico comum para os requisitos de ligação aplicáveis a

estações móveis multi-intervalos (multislot) de transmissão de dados de elevado débito em circuitos comutados (HSCSD) (1999/511/CE).

- 39 Lei n.º 23/96 de 26 de Julho (cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais); Decreto-Lei n.º 230/96 de 29 de Novembro (facturação dos serviços públicos essenciais); Decreto-Lei n.º 195/99 de 8 de Junho (estabelece o regime aplicável às cações nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais previstos na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho).
- 40 Exercício da actividade de radiodifusão (Lei n. 87/88 de 30 de Julho, revista pela Lei n. 2/97 de 18 de Janeiro); Portaria n. 470-B/98 de 31 de Julho (aprova o Regulamento dos Concursos para a Atribuição de Licenças para o Estabelecimento e Fornecimento de Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre - T-DAB); Portaria n.º 470-C/98 de 31 de Julho (radiodifusão sonora digital); Decreto-Lei n.º 272//98 de 2 de Setembro (estabelece o regime de instalação e operação do sistema de transmissão de dados em radiodifusão (RDS) pelos operadores de radiodifusão sonora).
- 41 Lei n.º 31-A/98 de 14 de Julho (aprova a Lei da Televisão); Decreto-Lei n.º 237/98 de 5 de Agosto (estabelece o regime de atribuição de licenças e autorizações para o exercício da actividade de televisão).
- 42 Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro (regime dos operadores de distribuição por cabo); Decreto-Lei n.º 249/97 de 23 de Setembro (regime de instalação, em edifícios, de sistemas de recepção e distribuição de sinais de radiodifusão sonora e televisiva para uso privativo, quer se trate de emissões por via hertziana terrestre, quer por via de satélites, bem como de sistemas de recepção e distribuição de sinais provenientes das redes de distribuição de radiodifusão sonora ou televisiva por cabo); Portaria n.º 711/98 de 8 de Setembro (fixa as normas técnicas a que devem obedecer as emissões televisivas processadas através da via hertziana terrestre, por cabo e por satélite).
- 43 Decreto-Lei n.º 177/99 de 21 de Maio (disciplina a prestação de serviços de audiotexto).
- 44 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.
- 45 Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto (Lei da Criminalidade Informática); Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto (altera o Código de Processo Penal). Veja-se também o documento Recommendation [R(95)13] of the Council of Europe of 11 September 1995 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology.
- 46 Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 91/308/EEC do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.
- 47 Decisão n.º 276/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Janeiro de 1999 que adopta um plano de acção comunitário plurianual para fomentar uma utilização mais segura da Internet através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos nas redes mundiais. Veja-se, no direito internacional, *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Security of Information Systems*.
- 48 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); Iniciativa Internet - Portugal Digital (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000); Resolução do Conselho de Ministros n.º 156/2000 (cria, no âmbito do INFOCID – Sistema Interdepartamental de Informação ao Cidadão, o Serviço Público Directo).

No plano comunitário, veja-se *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(98) 585 final, 20.1.1999, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do

Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. *Vide*, nos EUA, *Electronic Freedom of Information Act*, 1996

⁴⁹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/98 (aprova o Programa de Informatização Judiciária); Decreto-Lei n.º 196/99 de 8 de Junho (fixa regras gerais tendo em vista a coordenação da aquisição e utilização de tecnologias de informação na Administração Pública).

⁵⁰ Decisão n.º 1999/1719/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de orientações, incluindo a identificação de projectos de interesse comum, respeitantes a redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA); 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.

Índice Geral

Licenças de software e outros contratos informáticos

Introdução. Protecção jurídica e licenças de software. Encomenda de *software individual* e compra e venda de *software standard*. O sistema informático como objeto de contratos (chaves na mão, leasing, outsourcing). Conclusão

Direitos de autor e acesso à Internet: uma relação tensa

Introdução. 1. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet. 2. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação. 2.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores? 2.2. Identificação dos titulares de contas suspeitos de infringirem direitos autorais? 2.3. Instalação de filtros de monitorização (e bloqueio) de conteúdos? 2.4. Motores de pesquisa e hiperligações. 2.5. Incitamento com vantagens económicas e infração. 2.6. Injunções específicas contra os ISP. 3. Corte ou suspensão do acesso à Internet. 3.1. A Lei HADOPI ('Création et Internet'). 3.2. ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Act). 4. A compensação equitativa pela reprodução. Conclusão.

Os direitos de autor e a educação na República electrónica (entre o acesso e a exclusão)*

Introdução. § 1. Dos privilégios de impressão à propriedade literária e artística. 1.1. Da imprensa à primeira lei do copyright. 1.2. Marcos históricos da protecção legal dos direitos de autor em Portugal. § 2. Utilização livre de obras protegidas. 2.1. A utilização livre no CDADC. 2.2. Harmonização da liberdade de utilização. 2.3. Sociedade da informação 'a duas velocidades' e a 'balança dos três passos'. 2.4. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet. § 3. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação. 3.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores? 3.2. Motores de pesquisa e hiperligações. 3.3. Corte ou suspensão do acesso à Internet. § 4. A compensação equitativa pela reprodução. Conclusão

Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa

§ 1. A harmonização comunitária do direito de autor no quadro da regulação europeia da sociedade da informação ("mercado único electrónico"). § 2. A europeização do direito de autor e a globalização da propriedade intelectual. § 3. A liberdade de utilização para uso privado no Código do Direito de Autor. § 4. Observações finais.

Protecção jurídica e exploração negocial de programas de computador

Direitos de autor, da imprensa à Internet

§ 1. Dos reais privilégios de impressão à sagrada propriedade literária. § 2. Noções básicas de direitos de autor. § 3. O desafio da Internet aos direitos de autor: 3.1. Digitalização, convergência e interactividade; 3.2. O novo paradigma tecnológico e o código do direito de autor; 3.3. A harmonização comunitária do direito de autor; 3.4. Da criação literária e artística ao mercado dos bens culturais como objectos de consumo. § 4. Uma perspectiva dos direitos de autor na Internet: 4.1. A promoção da autoria, da ciência e da liberdade de navegação; 4.2. O valor cultural dos direitos de autor.

Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação

I. Introdução; II. Propriedade Intelectual sobre Bases de Dados de Órgãos Públicos; III. Direito de Acesso a Bases de Dados de Órgãos Públicos; IV. Responsabilidade dos Prestadores de Informação; V. Considerações Finais.

Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador

§ 1. A Convenção de Munique (1973). § 2. Consenso legal *versus* dissenso doutrinal. § 3. A adesão dos EUA à Convenção de Berna (1989) e a Directiva sobre programas de computador (1991). § 4. A descompilação. § 5. A "espinha dorsal" dos programas de computador e a sua insuficiente cobertura pelos direitos de autor: a dicotomia ideia-expressão. § 6. O Direito Português: (in)admissibilidade do cúmulo de direitos de autor e de patente. § 7. Os

programas de computador, como tais, e as invenções relacionadas com programas de computador. § 8. A natureza híbrida dos programas de computador. § 9. A patenteabilidade dos algoritmos. § 10. Considerações reflexivas. § 11. Conclusão.

O Código do Direito de Autor e a Internet

§ 1. Digitalização, Convergência e Interactividade: 1.1. A Internet como novo meio de comunicação que reúne os media tradicionais (imprensa, rádio, televisão, correio, telefone); 1.2. As mensagens sob forma digital e os conteúdos informativos multimedia; 1.3. A interactividade comunicativa. § 2. O Novo Paradigma Tecnológico e o Código do Direito de Autor: 2.1. A regulamentação típica do Código não abrange os problemas que a Internet coloca ao direito de autor (Documentação Comunitária, Livro Verde MSI, Documento Orientador INCI); 2.2. Diferentes abordagens no direito comparado: copyright v. concorrência desleal; 2.3. Referência à protecção dos serviços de acesso condicional (Directiva n.º 98/84/CE). § 3. A Metamorfose do Direito de Autor: 3.1. Relevância mercantil dos direitos de autor e a sua harmonização comunitária (do Mercado Interno à Sociedade da Informação); 3.2. Os programas de computador como obras literárias, a harmonização dos direitos conexos. a gestão colectiva obrigatória da retransmissão por cabo, o prazo de duração; o direito *sui generis* do produtor de bases de dados; 3.3. Os Tratados OMPI e a Proposta de Directiva; 3.4. Protecção jurídica da tatuagem electrónica e das portagens de acesso dos conteúdos informativos — para além do direito de autor clássico. 3.5. Tecnologia, Interesse Público e Privacidade. § 4. Da Criação Literária e Artística ao Mercado dos Bens Culturais como Objectos de Consumo: 4.1. O advento da “propriedade tecnodigital”; 4.2. O direito de autor como “a propósito” do admirável direito das empresas da informação e comunicação; 4.3. A viragem do direito de autor para o acto económico do consumo. § 5. Economização Tecnológica do Direito, Razoabilidade do Legislador e as Conclusões Possíveis: 5.1. A insuficiência regulamentar do Código; 5.2. Rumo ao direito de autor europeu, “a bem” do mercado interno e da Sociedade da Informação; 5.3. Codificação e fragmentaridade legislativa; 5.4. A principiologia mercantilista do espírito do legislador comunitário; 5.5. A autoria humana criadora e o valor transcendental da informação.

Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores

Sumário. 1. Introdução ao Problema da protecção Jurídica das topografias de produtos semicondutores. 1.1. Valor Económico-Tecnológico dos Circuitos Integrados. 1.2. Balanço de Interesses. 2. Solução Jurídico-Legislativa: A Nova Propriedade Intelectual. 2.1. Patentes, Modelos, Direitos de Autor e Direitos *Sui Generis*. 2.2. US Semiconductor Chip Protection Act (1984). 2.3. Directiva Topografias de Produtos Semicondutores (1987), Tratado de Washington (1989), Acordo ADPIC (1994). 2.4. A Situação Portuguesa: A Lei n.º 16/89, de 30 de Junho, e o “Novo” Código da Propriedade Industrial (1995). 2.5. O Projecto de Alteração do Código da Propriedade Industrial. 3. Análise Comparativa da Directiva Comunitária, da Lei Portuguesa e do Direito Internacional. 3.1. Harmonização Intermédia de Princípios Básicos. 3.2. Sequência. 3.3. Objecto de Protecção. 3.4. Requisitos de Protecção: Originalidade e Depósito. 3.5. Taxas. 3.6. Conteúdo dos Direitos Exclusivos. 3.7. Duração ou Prazo de Protecção. 3.8. Beneficiários. 3.9. Protecção Internacional. 3.10. Exibição de identificação: T. 3.11. Manutenção de outras disposições legais. 4. Conclusão.

A introdução da Televisão Digital Hertziana Terrestre em Portugal (TDT)

I. A Recomendação do Modelo 2 de Implementação da Televisão Digital Hertziana Terrestre em Portugal. II. Análise sumária dos regimes legais convocados. III. Apreciação na generalidade da aplicação dos regimes legais convocados à introdução da TDT. IV. Fundamentação argumentativa da interpretação sustentada: A. Previsão normativa e novos paradigmas tecnológicos – a televisão digital interativa; B. A importância da interpretação e aplicação das leis segundo o programa normativo que as informa; C. Valor do parecer técnico do ICP e processo de decisão no modelo de plataforma única DVB-T com licenciamento conjunto; D. Exemplos legais de actuação conjunta de dois órgãos com competências distintas; E. Exemplos de enquadramentos regulamentares conjuntos. V. Conclusão.

Contratos de telecomunicações (aspectos jurídico-contratuais da regulação das telecomunicações)

Introdução: Objecto, Método e Sequência. § 1. A Lei de Bases das Telecomunicações. 1.1. Telecomunicações, Serviços de Telecomunicações e Redes de Telecomunicações: Noção e Modalidades. 1.2. Serviço Universal e Rede Básica de Telecomunicações: Âmbito, Preços e Financiamento. § 2. Contratos de Exploração das Redes Públicas de Telecomunicações e dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público. 2.1. Aspectos Gerais. 2.2. Registo e Licença. 2.3. Protecção dos Utentes. 2.4. Redes Privativas: Referência. § 3. Contratos de Utilização das Redes Públicas de Telecomunicações. 3.1. Forma e Cláusulas Imperativas. 3.2. Contratos de Adesão. 3.3. Denúncia e Resolução. 3.4. Modificação das Condições Contratuais e Resolução pelo Utilizador. § 4. Contratos de Acesso e Utilização do Serviço Fixo de Telefone. 4.1. Generalidades. 4.2. Noção. 4.3. Formação do Contrato: Pedido e Instalação do Serviço. 4.4. Forma e Conteúdo. 4.4.1. Cláusulas Imperativas de Protecção dos Utilizadores. 4.4.2. Outros Elementos de Inclusão Obrigatória. 4. 5. Intransmissibilidade da Posição Contratual e Transferência de Titularidade. 4.6. Suspensão e Extinção do Contrato. 4.7. Prestação de Garantias e Responsabilidade pela Utilização do Serviço Público de Telefone. 4.8. Desmontagem da Instalação. § 5. Acordos de Acesso Especial às Redes Telefónicas Fixas. 5.1. Obrigação Legal de Prestar Acesso. 5.2. Condições de Recusa de Acesso e Intervenção do ICP. 5.3. Conteúdo dos Acordos e Dever de Informação. § 6. Contratos de Adesão para a Prestação de Serviços Telefónicos Móveis. 6.1. Forma e Conteúdo. 6.2. Conservação e Responsabilidade pelo Material. § 7. O Contrato de Prestação de Serviço de Telefone como Serviço Público Essencial. 7.1. Natureza Injuntiva do Regime de Protecção do Utente. 7.2. Direitos do Utilizador do Serviço de Telefone como Utente de Serviço Público Essencial. 7.3. Protecção do consumidor do serviço telefónico como serviço público essencial (gratuidade da facturação detalhada e prestação de caução). 7.3.1. Gratuidade da facturação detalhada. 7.3.2. Prestação de Caução. § 8. Contratos de Serviços de Suporte à Prestação dos Serviços de Audiotexto. 8.1. Noção. 8.2. Forma e Conteúdo. § 9. Contratos de Exploração das Redes de Distribuição por Cabo. 9.1. Noção e Modalidades. 9.2. Conteúdo Imperativo de Protecção dos Utentes da Distribuição por Cabo. § 10. Contratos de Transporte e Difusão do Sinal Televisivo. 10.1. Televisão e Telecomunicações. 10.2. Televisão e Serviços Interactivos. 10.3. Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão (Referência). § 11. Contratos de Utilização das Redes de Radiodifusão Sonora Digital Terrestre.

Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica

Apresentação. § 1. Internet e a Economia Digital. 1.1. Comércio Electrónico: Noção e Modalidades. § 2. Interoperabilidade Tecnológica e Segurança Técnica no Ciberespaço. 2.1. Protocolos de Acesso e Formatos de Dados. 2.2. Assinaturas Digitais e Envelopes Criptográficos. § 3. Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica na Sociedade da Informação. 3.1. Dos Acordos EDI às Leis do Comércio no Ciberespaço. 3.2. Protecção dos Produtores de Conteúdos e dos Prestadores de Serviços de Acesso Condicional. § 4. A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico: Quadro Geral. 4.1. O Princípio do País de Origem. § 5. A Defesa do Consumidor como Objectivo da Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico. 5.1. Estabelecimento do Prestador de Serviços da Sociedade da Informação. 5.2. Comunicação Comercial. 5.3. Contratos por Via Electrónica. 5.4. Responsabilidade dos Prestadores de Serviços da Sociedade da Informação. 5.5. Implementação. 5. 6. Alguns Problemas. § 6. Delimitação do Âmbito de Aplicação e Derrogações ao Princípio do País de Origem. 6.1. Restrições à Liberdade de Prestação de Serviços da Sociedade da Informação. § 7. Serviços da Sociedade da Informação e Defesa do Consumidor no Direito Interno. 7.1. Definição Legal dos Serviços de Telecomunicações. 7.2. Determinação dos Serviços em Linha Interactivos. 7.3. A Noção de Consumidor. 7.4. Aspectos do Direito da Publicidade. 7.5. Contratos à Distância. 7.6. Viagens Organizadas. 7.7. Cláusulas Abusivas. 7.8. Informação Defeituosa. 7.9. Aspectos Gerais. § 8. Conclusão. Bibliografia. Nota de Actualização.