

**DIREITOS DO
UTILIZADOR DE
BENS INFORMÁTICOS**

*J. Oliveira Ascensão
Prof. da Faculdade de Direito de Lisboa*

1. O utilizador perante a tipicidade dos bens intelectuais

O tema que me é proposto é extremamente vasto. Mesmo afastando quaisquer conexões que possa ter com a proteção dos dados pessoais face à informática, por este ponto ter sido já tratado noutro painel, encerra ainda uma multidão de facetas.

O utilizador sofre desde logo uma restrição fundamental, se porventura o bem informático for tutelado por um direito privativo.

A tutela que recai especificamente sobre os bens informáticos (salvo quando sejam incluídos nestes coisas corpóreas, como o computador) é a tutela através dos direitos intelectuais. Os direitos intelectuais apresentam-se como direitos de exclusivo.

Mas os direitos intelectuais são típicos. Só se admitem aqueles que forem criados por lei. Por isso, haverá antes de mais que verificar, em relação a cada categoria de bem, se sobre ele se atribui um direito intelectual exclusivo, que limite o utilizador.

2. A obra criada por computador

Consideremos por exemplo a obra criada por computador.

É uma forma tornada possível pela técnica informática e que se amplifica com os modernos sistemas de inteligência artificial.

Mas logo surge quem pretenda atribuir-se direitos exclusivos em relação a essa obra; e mais, quem pretenda que a tutela seja outorgada pelo Direito de Autor. Assim, já a lei inglesa de 1988, na sua seção 178, prevê as obras geradas em circunstâncias em que não há autor humano; mas, paradoxalmente, considera autor a pessoa por quem foram empreendidas às disposições (arrangements) necessárias para a criação da obra. Em última análise, acaba por beneficiar o produtor. Também no Japão, o dono da máquina é o dono de tudo o que ela produz.

Em Portugal, porém, nenhuma proteção é admissível. Porque a obra criada por computador nem é objeto de proteção específica, nem cai em nenhum dos tipos existentes.

Não cai nomeadamente no Direito de Autor, não obstante a evolução paradoxal a que se assiste, em que se preenche cada vez mais o paradigma do “direito de autor sem autor”. Só a criação intelectual (humana) é tutelada, e só ela justifica a amplíssima tutela outorgada, que se prolonga já até aos 70 anos post mortem nos instrumentos comunitários.

Perante a obra criada por computador, o problema reduz-se a traçar a fronteira entre a obra criada pelo homem, embora este utilize o computador como um instrumento, ou até como um assistente, e aquela que só ao computador possa ser atribuída. A intervenção humana, para ser criadora, não se pode limitar à criação do programa; nem sequer à escolha do tipo de obra. Tem de recair sobre a essência desta, no que individualmente a especifica. Portanto, a linha distintiva traça-se entre a criação humana individualizada e a mera intervenção num processo

alheio, que em termos de direito de autor é irrelevante¹.

O que significa que em casos como este, o utilizador não defronta nenhuma restrição na utilização da obra, oriunda do Direito Intelectual.

3. As topografias dos produtos semicondutores

No pólo oposto estão as topografias dos produtos semicondutores. Podiam ser livres, no sentido de que cada pessoa as pudesse livremente utilizar. Mas a lei sujeitou-as a um direito exclusivo: a Lei nr. 16/89, de 30 de junho, estabelece a proteção jurídica das topografias dos produtos semicondutores.

As topografias que se caracterizam pela novidade (art. 3/4) beneficiam de um direito exclusivo, desde que sejam objeto de um depósito². A proteção entende-se por dez anos após a data do pedido, ou a data em que a topografia foi pela primeira vez explorada, se esta for anterior (art. 7).

Qual a posição do utilizador?

Não pode fazer a exploração comercial ou a importação de uma topografia ou de um produto semicondutor fabricado mediante a utilização da topografia, sem autorização (art. 12/b).

Também não pode reproduzir a topografia (art. 12/a). Mas aqui intervém a permissão do uso privado: é livre a reprodução a título privado de uma topografia, para fins não comerciais (art. 13/a). São também livres a reprodução para efeitos de análise, avaliação ou ensino, bem como a criação, a partir dessa análise ou avaliação, de uma topografia distinta (art. 13/b e c).

4. A utilização de obras em computadores

Pelo contrário, o utilizador está já limitado se pretender usar obras literárias através do seu computador. Mas fixemo-nos bem nos termos em que funciona esta limitação. Devemos partir do pressuposto de que aquelas obras estarão atualmente protegidas pelo Direito de Autor: só então o problema se suscita. Mas o grande princípio do Direito de Autor é o da liberdade de uso privado.

Isto significa que, enquanto supomos o utilizador individual, que utiliza para si mesmo obras literárias e artísticas no seu computador, memorizando-as ou simplesmente analisando-as, não encontramos nenhuma restrição provinda do direito de autor. Ele pode praticar todas as operações que são reservadas ao autor - “melhorar” um poema de Miguel Torga, por exemplo - sem defrontar o limite do direito exclusivo. é como se estivesse a fazê-lo no papel: o uso privado é totalmente livre.

O que significa que a restrição das utilizações por computador só atinge significativamente os grandes utilizadores, porque só aí há o caráter público que é objeto da disciplina pelo direito de autor. Entre estes estão em primeiro lugar as próprias bases de dados, como grandes consumidoras de obras literá-

¹ Como é a prestação de inúmeros intervenientes na criação cinematográfica, como o fotógrafo ou o sonoplasta, que se integram num processo criativo que é na realidade apenas do realizador.

² A lei oferece a curiosidade de não dizer onde o depósito se realiza, embora resulte de disposições subsequentes que o órgão competente é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

as e artísticas. Diremos algumas palavras sobre a posição destas.

Em primeiro lugar, há que ter presente que também para estas a problemática só se suscita quando o dado utilizado for obra literária ou artística protegida. Se for um dado doutra natureza a utilização é livre.

A utilização da obra pode fazer-se através da memorização da própria obra. Mas pode a base ser meramente referencial.

Pode a obra ser referida pelo título. Mas o título, embora protegido, é-o só contra utilização noutra obra: a referência a título alheio é sempre livre.

Pode da mesma maneira uma obra ser referida pelas suas características formais - formato, número de páginas, editor... Também a utilização é livre, mesmo que as palavras sejam retiradas do texto.

Poderá ainda a obra ser citada.

Com as necessárias cautelas, o direito de citação subsiste perante as bases de dados.

O grande problema está porém na admissibilidade de se fazerem resumo de obras protegidas, sem autorização do autor.

Há que distinguir. Se o resumo consiste em partes da obra, há que requerer autorização, porque a utilização de parte é equivalente em termos de direitos de autor à utilização do todo.

E o mesmo há que dizer se se realiza a condensação, compressão ou concentração da obra, que teria ainda a agravante de representar uma modificação não autorizada da obra alheia.

Mas de tudo isto se distingue o verdadeiro resumo da obra. Através deste não se faz uma exposição substancial do conteúdo da obra, apenas se informa sobre a matéria versada, sem substituir a leitura do original. Nestes termos o resumo é livre: o art. 75/f do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos expressamente libera “a inserção de citações ou resumos de obras alheias”.

Como é natural, muitos outros problemas se suscitam, perante a inadequação da lei portuguesa a toda esta evolução. Teremos porém de os omitir nesta breve exposição.

5. A tutela das bases de dados

Em situação ainda diferente se encontra o respeitante à tutela da própria base de dados.

O utente poderá utilizar livremente a base de dados ou o material nela contido, ou está sujeito a alguma limitação?

No plano comunitário, encontra-se em estado muito adiantado de elaboração uma diretiva - ou diretriz, como preferimos dizer - relativa à tutela jurídica das bases de dados.

Por força dela, passa a ser atribuído um direito de autor sobre bases de dados eletrónicas, independente de os dados consistirem ou não em obras literárias ou artísticas. E ainda se atribui um direito específico contra a reprodução do conteúdo da base de dados, ou de parte substancial desta, cuja duração vai já prevista para 15 anos. Mas, enquanto aqueles atos não se consumarem, a situação em Portugal é diferente.

Não há nenhum direito específico contra a reprodução. A utilização dos

dados é livre, salvo as restrições que possam provir da circunstância de esses dados serem obras protegidas. Fica de fora a problemática do acesso às bases de dados, que não respeita já ao direito intelectual. E a tutela da própria base de dados? Só se poderia pensar nesta em termos extremamente restritos, à luz da lei atual.

A única hipótese é fazer passar as bases de dados como compilações, nos termos do art.3/1-b C.D.A.D.C.. Mas as compilações protegidas são necessariamente compilações de obras. Podem estas ser obras protegidas ou não; mas não se tutelam compilações de outros dados.

A lei equipara a obras originais as compilações de obras, “tais como seletas, enciclopédias e antologias, que pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações intelectuais”. Se pensarmos que esta previsão é aplicável às bases de dados eletrônicas, teremos ainda de vencer a dificuldade de distinguir se a base constitui ou não uma criação intelectual. Ficam afastadas todas as compilações de baixo nível, como as que se remetam às primeiras obras de cada autor ou que as disponham por ordem alfabética ou cronológica.

6. A tutela do programa de computador

A grande limitação, porém, é a que provém da tutela do próprio programa de computador. Neste setor o tipo de tutela já está definido. A diretriz comunitária de 14 de maio de 1991 impôs que o

programa fosse tutelado “mediante a concessão de um direito de autor”. Esta diretriz não foi ainda transposta para a ordem jurídica portuguesa, mas supõe-se que a transposição está iminente. Não há maneira de resistir à imposição comunitária e neste domínio toda a discussão é ociosa. Mas é muito

importante ter consciência da irrealidade do sistema. Em breves palavras, digamos que o direito de autor tutela uma criação; pressupõe uma forma livre. Mas o programa de computador é um processo. A fórmula do programa, que se diz proteger, tem uma forma

vinculada. Traduz servilmente o próprio programa ou processo, sem deixar nenhum espaço para a criação. Tal como uma fórmula química ou matemática, que nunca ninguém se lembrou de monopolizar, pois assim aprisionaria a própria lei que a fórmula exprime.

A diretriz impõe não obstante a tutela pela concessão de um direito de autor. Mas é uma diretriz, não um regulamento. Tem de deixar alguma liberdade aos Estados na transposição. Nessa liberdade tem de caber a não aplicação global do regime do direito de autor, para além dos pontos especificamente previstos na própria diretriz.

Este aspecto é essencial para se poder atender às diferenças que, por natureza, medeiam entre obra literária e programa de computador. E com isso, para desta maneira proporcionar também uma tutela mínima ao utilizador do programa.

7. As faculdades pessoais

Assim, o titular do programa pode invocar, perante o utilizador, os direitos pessoais de autor (os chamados direitos morais?). Pode por exemplo exercer o direito de retirada? Ou, com esse fundamento, proibir modificações no programa de computador? A resposta é negativa, porque os direitos pessoais supõe uma mudança de concepções fundamentais.

Ora, em relação ao programa de computador é inadmissível uma reação eticamente fundada em lesão da personalidade. Justamente porque se trata de um mero processo, e não de uma criação intelectual suscetível de refletir a personalidade do seu autor.

Só se concebem assim como atribuíveis ao titular do programa de computador aquelas faculdades que são independentes de valoração ética e como tais atribuíveis ao criador intelectual como a qualquer outra entidade, tais como:

- o direito de ter o nome associado ao programa;
- o direito de reivindicar a paternidade contra quem a negue.

Mas estas faculdades não consubstanciam um direito pessoal, como o que se atribui ao autor. Por isso devem ser atribuídas antes de mais ao verdadeiro criador humano do programa, mesmo quando ele não for, juridicamente, o titular de direitos sobre o programa. Com efeito, a diretriz posterga este largamente, em proveito da empresa, que é a verdadeira beneficiária da tutela.

O utilizador do programa não pode ser assim confrontado com a alegação de direitos pessoais pelo beneficiário do direito. Nem a diretriz os outorga. Observemos apenas que, por erro de tradução, infelizmente muito freqüente nas versões portuguesas de instrumentos comunitários, se refere na tradução desta diretriz o direito de modificação, como direito reservado (art. 4/b): e o direito de modificação é um direito pessoal. Trata-se porém na realidade do direito de “transformação”, que é um direito patrimonial, pois é essa a categoria que engloba a tradução, a adaptação e os outros atos que se especificam.

8. Forma e processo

Procuremos então surpreender como se procedem para atribuir, ao que é um puro processo, a tutela mais ampla de todo o Direito Intelectual, que é a tutela por um direito de autor.

Se o que se tutelasse fosse a forma, e não o programa propriamente, então a utilização do processo deveria ser livre. O que significaria que todo aquele que chegasse ao conhecimento da essência do processo a poderia utilizar, desde que o fizesse sob forma diferente.

Nomeadamente, poder-se-ia por descompilação, como se diz, chegar até ao algoritmo ou princípio fundamental que funda o programa, e a partir dele desenvolver programas próprios, desde que revestissem forma diversa.

E efetivamente, assim se entendeu num primeiro momento, mesmo admitindo a existência da tutela por um direito de autor³. Mas também isso a diretriz vem, antecipadamente, excluir.

³ Assim o decidiram por exemplo tribunais ingleses, perante programas elaborados, a partir de descompilação, por produtores japoneses.

Mediante um indevido alargamento do conceito de reprodução, entendeu-se que a descompilação implica operações de reprodução, e com isso se proibiu genericamente. A descompilação, hoje, só é limitadamente admitida, para assegurar a interoperabilidade.

9. A proibição do uso privado e a exceção à exceção.

Por outro lado, é essencial compreender a inversão operada pela diretriz nos princípios fundamentais do direito de autor.

Já tivemos ocasião de dizer que uma das bases do direito de autor é a admissão do uso privado. O direito de autor tutela utilizações públicas de obras literárias e artísticas, mas estaca quando se entra no uso privado. Pelo contrário, em matéria de programas de computador, como o que se pretende tutelar é o processo em si e o recurso à forma é um pretexto, proíbe-se o uso privado. Temos assim um “direito de autor” perante o qual o próprio uso da obra para as finalidades internas do usuário passa a ficar na dependência do titular do direito.

Mas realizada esta inversão, verifica-se que se foi longe demais. Há certas faculdades que não podem deixar de ser permitidas genericamente ao utilizador, pois doutra maneira criava-se uma escravidão deste em relação ao titular dos direitos. Assim aconteceria por exemplo se a correção dos erros do programa estivesse também dependente do consentimento do titular.

Perante isto, a diretriz libera algumas atividades, em termos aliás extremamente restritos. Mas fá-lo como exceção à soberania do titular do programa. Em princípio tudo é proibido, mesmo o uso privado. Mas excepcionalmente, admitem-se certos atos do utilizador, indispensáveis para que este possa atingir os objetivos normais prosseguidos com o direito de utilização que lhe assiste.

A diretriz vai assim debater-se com uma problemática a que o direito de autor em geral é completamente estranho: com a especificação dos atos de uso privado admissíveis. Especificação extremamente difícil e susceptível de causar os maiores problemas.

Quer dizer: as faculdades apontadas não aparecem como um exercício normal da liberdade do utilizador. Só surgem como exceção à exceção; como exceção à proibição excepcional do uso privado. Como tal, são restritamente demarcadas.

Que faculdades são essas? Procuremos antes de mais as que resultam do próprio texto da diretriz.

10. Elaboração de uma cópia de apoio

O art. 5/2 permite a execução de uma cópia de apoio, na medida em que tal seja necessário para a execução do programa.

É evidente que o utilizador pode fazer uma cópia de apoio. E não há que ser particularmente restrito neste domínio, pois pode ser necessário que o utilizador disponha de mais de uma cópia de apoio, para maior garantia da conservação. Afirmou-se então que a restrição estaria em não as poder utilizar simultaneamente.

11. Observação, estudo e ensaio do funcionamento do programa

Nos termos do art. 5/3 da diretriz, o utilizador pode observar, estudar ou testar o funcionamento do programa, a fim de apurar as idéias e princípios subjacentes a qualquer elemento deste, quando efetuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de armazenamento, em execução do seu contrato.

Também aqui encontramos um mínimo, sem o qual a finalidade do negócio ficaria frustrada.

12. Descompilação

Podem ainda realizar-se tarefas de descompilação, como dissemos, e a estas é dedicado todo o complexo art. 6º. Os condicionamentos são muito apertados⁴. O utilizador só pode descompilar para assegurar a interoperabilidade, com outros programas, de um programa criado independentemente. É ainda pressuposto que as informações procuradas não se encontrem já fácil e rapidamente disponíveis.

Por outro lado, as informações assim obtidas não podem:

- a) ser utilizadas para um ato que infrinja direitos de autor sobre o programa originário;
- b) ser comunicadas a outrem, salvo quando assim for necessário para a interoperabilidade do programa;
- c) ser utilizadas para a criação de um programa substancialmente semelhante na sua expressão ao programa originário.

13. As cláusulas em contrário têm-se por não escritas

São pois restrições grandes. Mas por outro lado são um mínimo, destinado à defesa do utilizador perante recusas arbitrais. São por isso direito cogente: cfr. o art. 9/1. O texto francês da diretriz considera toda a disposição em contrário “nulle et non avenue”. Supomos que a podemos considerar sem efeito algum, ou não escrita, permitindo a subsistência do contrato liberto da cláusula anômala.

14. Âmbito das restrições supletivas à proibição do uso privado

A diretriz prevê ainda outra exceção à proibição do uso privado. Mas esta é meramente supletiva: pode ser afastada por disposição contratual específica. Nos termos do art. 5/1, a reprodução e a transformação, que são os principais atos reservados, são admitidos quando necessários ao utilizador para usar o programa de modo conforme ao fim a que se destina, ou para corrigir erros.

E grave. A correção de erros pode ficar dependente de autorização. Pior ainda, a utilização normal do programa pode ainda ficar restringida por imposição de autorizações específicas. A acreditar na alegação doutrinária de que toda a utilização implicaria reprodução do programa, teríamos que se

⁴Conseqüência de resistências muito grandes, principalmente por parte dos interesses norte-americanos. A lei estadunidense não contemplava a descompilação. Mas, aprovada a diretriz, já se prevê a introdução da descompilação na lei daquele país, por se não ter conseguido impor mundialmente o segredo.

poderia admitir um contrato em que toda a utilização estivesse vedada.

Para evitar conseqüências desta natureza, há que interpretar a ressalva inicial como restrita a pontos bem delimitados, não podendo nunca o seu âmbito contender com uma utilização normal do programa nem ser contrário à boa fé.

15. A tradução

Há outros aspectos importantes em que ressalta a anomalia resultante de se ter imposto a casaca do direito de autor ao que de tal não é susceptível.

O art. 4/b reserva a tradução do programa.

Mas não há tradução de programas de computador, em termos de direito de autor. A tradução é uma criação; não há duas traduções iguais. Mas a transposição de uma linguagem de computador para outra, de alto ou de baixo nível, é uma operação mecânica. Tanto que pode ser feita pelo próprio computador. Não tem o significado de uma tradução-criação, mas o de uma transposição servil. Ora, como vimos, as obras criadas por computador não são objeto de tutela.

Mas a diretriz reserva essa atividade e, entenda-se o que se entender, aquele ato é reservado. Nem sequer para uso privado o utilizador poderá efetuar a “tradução”. Já o regime de direito de autor da tradução só será aplicável a estas figuras se for compatível com a sua índole⁵.

16. Outros limites do direito exclusivo

Muitos outros aspectos são ainda relevantes para demarcar a posição do utilizador, à luz dos princípios do direito de autor.

A diretriz não indica de que outras restrições é passível a tutela do programa de computador. A qualificação como um direito de autor dá pelo menos uma base para se aplicarem os limites gerais do direito de autor. Mas, claro, apenas na medida em que forem compatíveis. E essa medida é muito restrita.

Poderá porém haver outros limites específicos dos direitos sobre programas de computador? Pode a lei nacional criá-los? A diretriz não os prevê, mas não é de entender que uma diretriz, como lei de bases que é, pretenda determinar exaustivamente a disciplina a estabelecer. Podem prever-se outros limites, desde que compatíveis com o espírito da disciplina fundamental constante da diretriz.

Um dos limites que parece indispensável é a salvaguarda da análise

⁵ A natureza das coisas manifesta-se porém aqui, mais uma vez. A diretriz determina que por “programas de computador” se abrange o material preliminar da concepção (art. 1/1). Já foi entendido que as instruções que acompanham o programa beneficiam da tutela do programa. Se isso fosse verdade, o que neste momento não cuidamos de apurar, essas instruções não seriam susceptíveis de tradução, nem para uso privado do utilizador. Ao contrário do que acontece noutros países, os programas são em Portugal comercializados nas línguas originárias. Se algum utilizador, menos familiarizado com alguma dessas línguas, providenciasse uma tradução para si mesmo, estaria praticando contrafação do programa!

Não pode ser assim. A exclusão do uso privado só se aplica ao programa em si ou processo. Não às instruções, que já poderão ser obra literária em sentido próprio. Portanto estas são em qualquer caso susceptíveis de uso privado por parte do utilizador.

do programa para fins de pesquisa científica ou de ensino.

Se isso não fosse possível, haveria uma grande anomalia na ordem social. A patente dá uma proteção por 20 anos, em contrapartida de o benefício dever revelar à sociedade o seu invento; o direito do titular do programa, que se elevará já aos 70 anos, post mortem, permitiria a imposição do segredo do processo! O interesse público não o permite. A pesquisa científica e o ensino devem ser sempre livres.

17. Aspectos da posição do utilizador

É a partir destes marcos, resultantes da disciplina dos bens informáticos, que se suscita a problemática da concreta posição do utilizador desses bens.

Essa problemática pode ser esquematicamente dividida por três domínios fundamentais⁶: -a disciplina dos contratos sobre bens informáticos;

-as garantias e responsabilidades da empresa de bens informáticos pelos vícios e pela adequação do sistema;

-a responsabilidade pelos danos causados por deficiências dos bens informáticos.

Destes três grandes domínios, por escassez de tempo, vamos apenas referir brevemente o primeiro⁷.

Também não podemos entrar no capítulo da tutela penal desta matéria. Apenas diremos que, a nosso ver, ela não é ainda atingida pela lei da criminalidade informática (Lei nº 109/91, de 17 de Agosto). O art. 9/1 tipifica a reprodução ilegítima do programa protegido, e os programas não estão ainda protegidos na lei portuguesa.

Paralelamente, pune quem “divulgar ou comunicar ao público” um programa protegido. Há que repensar esta valoração, que parece pressupor um segredo sobre o próprio programa, que nada justifica.

18. Direito dos contratos informáticos

Por ser muito escassa a disciplina legislativa, há um vasto campo em que a autonomia privada se pode exercer. A posição do utilizador de bens informáticos baseia-se quase sempre no contrato que celebra com o titular de direito .

Se esses bens informáticos são tutelados por um direito de autor, podemos ir buscar a disciplina dos contratos às regras gerais deste ramo do direito?

Se assim fosse, teríamos a primeira fonte da disciplina a aplicar. E a fonte pareceria ser copiosa. A lei portuguesa é a que mais preceitos dedica, em todo o mundo, à autonomia privada. Somariam 70 artigos! O que representaria grande filão a explorar. Mas na realidade, o resultado seria fraco. Aquelas disposições centram-se sobretudo na disciplina de contratos particulares - de edição, de representação, de adaptação cinematográfica

⁶ Seguimos a tripartição de Raffaella Lanzilio, I contratti di fornitura di elaboratori elettronici (na obra coletiva I contratti di utilizzazione del computer, coordenada por Guido Alpa, Giuffrè, 1984) 56-57.

⁷ Uma boa introdução à problemática da responsabilidade civil no domínio informático encontra-se na obra coletiva Computers e responsabilità civile, coordenada por Guido Alpa, Giuffrè. 1985.

ca... Têm muito pouco que ver com os contratos informáticos.

Há ainda escassas disposições genéricas. A elas pareceria devermos recorrer, não obstante as dificuldades de interpretação - para distinguir as onerações do direito e as meras autorizações de utilização do programa, por exemplo. Assim, as onerações disciplinadas nos arts. 45 a 51 C.D.A.D.C. devem considerar-se aplicáveis aos contratos informáticos.

Já dissemos que não aceitamos uma aplicação automática. Mas se a lei vier a prever essa aplicação, ela será direta e não apenas analógica.

Mas aqui, surge uma limitação de outra ordem. A disciplina da autonomia privada em direito de autor em nada atende à posição do utilizador. É uma disciplina “sectária”, preocupada apenas com conseguir para o autor uma posição de privilégio. De modo tal que dificilmente encontra paralelo em qualquer outro setor da ordem jurídica.

A aplicação desta disciplina aos contratos informáticos vai agravar uma anomalia que todos os estudiosos apontam neste domínio: a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos.

As empresas de informática são multinacionais de grande porte, em posição tendencial de oligopólio. Muito raramente uma empresa cliente estará em condições de conceber ou controlar sequer a solução dos seus problemas informáticos. E isso até se manifesta na circunstância de tantas vezes fazer parte do contrato a formação do próprio pessoal da empresa que encomenda material informático. O direito de autor vigente é de molde a agravar esta situação de dependência.

Pelo que seria inconveniente qualquer remissão geral, expressa ou tácita, para os preceitos sobre negócios jurídicos contidos no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

19. O Direito do Consumidor

Aqui deveremos ter porém presente que o Direito de Autor não é a única fonte normativa a que recorrer para a disciplina dos contratos informáticos.

Tem ainda muita importância a vertente do Direito do Consumidor.

Mas também este ramo do direito se mostra pouco adequado para ocorrer a esta situação. O Direito do Consumidor (ainda com base na Lei nº 29/81, de 22 de Agosto) não veio preparado para esta problemática.

Assim, no que respeita à qualidade dos bens ou serviços prestados, o art. 4/1 veda o fornecimento de bens ou serviços que, quando utilizados em condições normais, possam implicar perigo para a saúde ou a segurança do utente. O que quer dizer que, no nosso domínio, nem sequer cobre o fornecimento do próprio computador.

Ainda mais difícil é a situação em matéria de programas. Aqui se tem discutido se estes representam bens ou representam serviços. A qualificação como serviços é muitas vezes adotada para fugir às disposições da compra e venda. E um ponto que retomaremos mais tarde.

Isso não impede que as disposições genéricas provenientes daquele ramo sejam aplicáveis a estes negócios, como a quaisquer outros. Vamos porém desinteressar-nos dessas disposições,

justamente porque genéricas, e continuar a procurar o que nestes contratos se encontra de específico, fundado na natureza dos bens informáticos. Não faremos pois nenhuma tentativa de ilustrar, a propósito destes contratos, as disposições próprias da defesa do consumidor.

20. Cláusulas negociais gerais

Outra fonte de possível recurso é representada pela disciplina das cláusulas contratuais gerais (Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro).

E aqui, com uma justificação muito mais acentuada que na normalidade dos contratos.

É que, neste setor, a prática é largamente condicionada pelos hábitos e conveniências dos produtores norte-americanos de bens informáticos, que dominam o mercado.

Os contratos relativos a bens informáticos são longamente disciplinados, por cláusulas tendencialmente padronizadas e que procuram esgotar a disciplina do negócio.

Fixando-nos em particular nos contratos que têm por objeto os próprios programas de computador, vemos que as empresas de bens informáticos procuram impor exaustivamente os seus tipos de contratos; e impõem-nos em todo o conteúdo, seja qual for a posição das leis nacionais. Impõem-nos, não só nas cláusulas úteis, como nas cláusulas repetitivas; a preocupação é, não só estabelecer na prática como direito uniforme aquilo a que essas empresas estão acostumadas e só as beneficia, como evitar, por específicas previsões, a aplicação das regras supletivas das leis nacionais. E até o procuram impor nas cláusulas ilegais. Exemplo destas são as licenças chamadas de shrink - wrap. A alienação do programa pode fazer-se através da tradição de bens que vêm fechados num invólucro. Nesse invólucro estão escritas as condições em que se dá a autorização para o uso do programa. E insere-se que, com o rasgar do embrulho, o adquirente aceita todas as cláusulas que nele estão exaradas e fica pois vinculado por elas.

Não será necessária uma longa reflexão para convencer que semelhante cláusula é inválida perante o direito português - qualquer que seja a sua valia perante o direito norte-americano.

Mas continua a ser usada, certamente com a consideração que na maior parte dos casos o utente se submete, e com a esperança de que com o tempo a prática acabe por prevalecer sobre as restrições legais.

Isto mostra como é significativo o controlo que a disciplina das cláusulas negociais gerais pode trazer a estes contratos.

21. Os contratos informáticos

Temos de dar por supostos estes princípios e procurar agora especificações que resultam da natureza dos bens em causa ou dos direitos outorgados. Com este propósito, diremos algo sobre os tipos de contratos informáticos. Na medida em que o computador está implicado, podemos distinguir três categorias básicas:

- contratos de hardware, ou sobre a máquina;
- contratos de software (programa e material complementar);
- contratos de manutenção ou assistência.

Mas devemos logo fazer uma observação prévia. Não há em sentido técnico uma categoria de contratos informáticos, como observam André Lucas⁸, e Guido Alpa⁹, por exemplo. Estes são regidos pelos princípios gerais dos contratos e pelas disposições próprias dos tipos em que se insiram.

Dificuldades de qualificação efetivamente existentes não se resolvem com uma pretensa singularidade de natureza dos contratos que têm este objeto.

Isto significa que o que vamos fazer a seguir não é a análise de um tipo contratual, ou de uma série de tipos, mas simplesmente a exposição de alguns problemas que emergem da contratação no domínio da informática.

De todo o modo, para além das regras gerais sobre contratos, de pouco mais dispomos. A diretriz mostra-se pouco sensibilizada à perspectiva de uma defesa do utilizador e muito mais à de uma afirmação do exclusivo.

Todavia, é perante esta escassez de dados que devemos fazer ainda uma tentativa de esclarecimento das faculdades do utilizador.

22. Conexões entre contratos informáticos

A distinção entre aquelas três categorias fundamentais de contratos não implica uma separação estanque.

Pelo contrário, muitas vezes o utente está interessado num sistema global, em que a máquina e o programa formam uma unidade. E também a manutenção ou assistência é uma peça essencial para o objetivo pretendido.

Independentemente disso, o software aplicativo não é autónomo em relação ao software de base, que é aquele que determina as capacidades operacionais da máquina. Por isso, a cisão destes contratos desfiguraria a realidade.

Porém a prática não vai no sentido da integração desses contratos. Os vários contratos informáticos tendem a ser apresentados com independência ainda que sejam os mesmos o fornecedor e o cliente. E portanto, tendencialmente, cada um seguiria o seu próprio destino. O próprio contrato de manutenção, que é normalmente dependência de um acordo global, tende a fazer parte de um contrato formalmente distinto.

Que vantagens ou inconvenientes pode trazer para o utilizador a conexão entre os contratos?

A globalidade poderia trazer-lhe incidências negativas, uma vez que através desta se lhe poderia impor a aquisição de bens ou de elementos que não lhe interessariam.

Mas a prática corrente, de realização de contratos independentes, também apresenta perigos. Se o objeto prático é unitário, a conexão dos contratos teria o aspecto positivo de lhe permitir a resolução do contrato na totalidade,

⁸ Le droit de l'informatique, Presses Universitaires de France, 1987, n° 330.

⁹ Na referida obra coletiva I contratti di utilizzazione del computer, 15.

enquanto que se fossem contratos separados teria de se sujeitar à manutenção de uma parte que porventura não lhe interessa isoladamente.

Assim, se o cliente adquirir um sistema informático global, que deverá desempenhar as funções que são especificadas, e o programa fornecido se mostra incapaz de as satisfazer, não se compreenderia que pudesse resolver o contrato no que respeita ao programa, mas que tivesse de conservar os computadores - que afinal só havia adquirido por se integrarem no sistema global oferecido e por uma razão de compatibilidade. A existência de contratos separados não deve ser obstáculo a obtenção deste resultado prático.

23. Os poderes do utilizador noutros aspectos

Especifiquemos qual a posição do utilizador.

Pergunta-se qual a extensão das faculdades deste, no silêncio do contrato .

Assim, se nada se clausulou, o utilizador pode introduzir o programa na memória interna do computador?

Parece que sim, pois essa é uma função ou utilidade normal do programa, que não necessita de previsão em cláusula expressa. E poderá utilizá-lo em rede?

Parece de novo que sim; é também uma utilização normal de software. Se não for restringida, pode fazê-lo. Poderíamos continuar. Mas assim encontraríamos um mar de perguntas concretas, que nos levariam a um casuísmo pouco recomendável.

Vamos procurar antes algum critério geral que nos oriente nesta indagação, tendente a determinar o âmbito dos contratos relativos à utilização de bens informáticos.

24. A qualificação como contratos de licença

Para isso, começamos por retomar a pergunta já enunciada: os contratos informáticos têm por objeto bens ou serviços? O computador, em si, é decerto um bem. O software de base que inclui não lhe tira essa qualificação. E o programa? Já dissemos que se tem procurado caracterizá-lo como um serviço, para tirar vantagens da qualificação.

Mas há que fazer uma distinção fundamental. Há que distinguir os contratos de desenvolvimento do software dos contratos em que se faculta a utilização de material preexistente.

Os primeiros são aqueles em que uma empresa cliente pede à empresa de bens informáticos a criação de programas adequados às suas necessidades. Há a chamada elaboração do software por medida. O contrato é então de prestação de serviços e normalmente do tipo da empreitada¹⁰. A empresa obriga-se a entregar o produto final adequado. Podem variar as previsões de atribuição de direitos sobre o software produzido, mas isso não inquina a qualificação do contrato como sendo de prestação de serviços.

¹⁰ Sobre a qualificação como empreitada de contratos relativos ao direito de autor. cfr. o nosso Direito de Autor e Direito Conexos, Coimbra Editora. 1992, nº 285

Diferente é porém a situação quando a empresa autoriza a utilização de material informático que fornece. O programa em si não é seguramente um serviço; tal como um contrato de autorização de uso de um programa não é um contrato de prestação de serviços. Pode vir associado à prestação de serviços, mas isso não transforma o programa num serviço. Pode vender-se um programa tal qual, sem acompanhamento de serviço nenhum. O que é então? Não podemos deixar de partir da qualificação do direito sobre o programa de computador como em direito de autor, que nos é imposta. O objeto do direito de autor é uma coisa incorpórea. Mas a coisa incorpórea em si não é susceptível de disposição. Os contratos de direito de autor (fora os de transmissão do próprio direito de autor em si) são sempre contratos de licença de certas modalidades de utilização de bens incorpóreos.

Assim sendo, os contratos de utilização do software não são em si contratos de venda, nem contratos de prestação de serviços, mas contratos de licença. São contratos pelos quais se admite a restrição de um exclusivo. Entram no mesmo tipo das licenças das patentes e de mais que outras licenças no setor da propriedade intelectual.

25. A disposição funcional

É no domínio destes contratos de licença - mas particularmente no das licenças relativas ao direito de autor - que devemos procurar princípios que nos orientem na interpretação e integração dos contratos de utilização de software.

Por este prisma, tem muita importância um princípio que a doutrina alemã desenvolveu, perante as dificuldades de determinação do conteúdo de um ato de autorização. E o denominado princípio da Zweckübertragung.

Adaptamo-lo ao nosso direito, sob o lema de uma disposição funcional das faculdades contidas no direito de autor¹¹. É esta que explica o âmbito do direito atribuído ao utente, quer no aspecto positivo quer no aspecto negativo .

De fato, todo o negócio é finalista: propõe-se a prossecução de uma finalidade prática. É por essa finalidade que se medirá o conteúdo dos direitos atribuídos.

E daí que tenhamos podido enunciar as duas balizas fundamentais do direito do utente:

- o negócio autoriza, salvo cláusula em contrário, todos os atos que sejam necessários para a obtenção daquela finalidade.
- o negócio não autoriza nenhuns atos que ultrapassem aquela finalidade .

Supomos que estas orientações são plenamente aplicáveis em matéria de licenças relativas a bens informáticos. É à finalidade prosseguida mais aqui que à redação das cláusulas, que se deve ir buscar orientação quanto ao âmbito das faculdades que ficam a caber ao utilizador.

¹¹ Cfr. o nosso Direito de Autor e Direitos Conexos cit., n° 293.

26. A demonstração da titularidade dos direitos

A dependência e desproteção do utilizador manifesta-se em muitos aspectos. Aparece a negociar com ele uma entidade que se reclama de direitos sobre o programa. E se realmente os não tiver? Como se pode comprovar a titularidade? Através do registo do direito de autor? Os programas de computador devem, efetivamente, ser admitidos a este registo. Mas daqui não resulta a

solução do problema. Na prática, a inscrição no registo de direitos de autor é escassíssima. Quase poderíamos dizer que só quem não tem realmente direitos tem a preocupação de registar...

Torna-se assim extremamente difícil ter certeza da realidade das posições adquirida. Ainda por cima, o segredo que se pretende para o domínio dos programas dificulta que seja do domínio público a titularidade destes¹².

Isto significa que o adquirente verdadeiro de um programa pode amanhã ser interpelado por terceiro que se arroga direitos sobre este. A boa fé já não o salva. Terá de ceder, dada a absolutidade da tutela pelo direito de autor, e apenas lhe resta dirigir-se contra aquele com quem contratou. Apenas ficar a salvo das conseqüências penais, por ausência de dolo, e ainda poderá ter dificuldades se a lei positiva admitir a incriminação a título de negligência.

27. A subordinação à fixação de preços

Outra grave manifestação da dependência encontra-se na subordinação aos preços fixados pela empresa de informática.

Invocando o direito de autor, portanto o direito de autorizar ou não, discricionariamente, estas empresas pretendem estar imunes a qualquer tutela em matéria de preços. Derivaria do seu direito exclusivo a soberania nessa fixação.

É uma posição errada, pois a empresa que procede a comercialização dos seus programas não pode invocar a necessidade de autorização prévia, suposta pelo direito de autor, para se furtar às conseqüências econômicas, resultantes da fixação de preços. Estes atos devem estar sujeitos à tutela geral dos preços, como outros atos quaisquer. E aqui com mais segurança ainda que no direito de autor em geral, pois em matéria de circulação de bens informáticos não se pode invocar nenhum carácter pessoal da autorização, pois como vimos não há espaço para faculdades pessoais no que respeita a bens desta natureza.

Mas o problema agrava-se muito particularmente quando o consumidor, que adquiriu já os produtos da empresa, se vê colocado perante as inovações e transformações desses produtos, e perante os preços que para tal lhe são exigidos. Porque a inovação em matéria de bens informáticos é célere e incessante.

¹² Esta falta de segurança pode atingir também a própria empresa de bens informáticos. Por vezes pode ser muito difícil demonstrar que, na data da pretensa violação, a empresa tinha a titularidade da forma ou variante do programa que concretamente estaria em causa.

Como a alternativa é renunciar a todo o sistema, incluindo a adaptação dos trabalhadores nesse sentido, a posição do utilizador passa a ser de vulnerabilidade agravada.

É importante observar que recentemente um tribunal australiano configurou um caso de abuso de posição dominante por parte da empresa de informática. Portanto, pelo menos por este canal, a situação de dependência do utilizador de bens informáticos não pode deixar de ter relevância jurídica.