

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

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

§ 7. *Outsourcing* de sistema informático

7.1. *Significado económico-social do outsourcing*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.3. Finalidades e conteúdo do outsourcing informático

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

(¹²⁸) Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 142.

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

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

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

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

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

⁽¹³⁰⁾ Cfr. Yates, CL&P 1994, p. 143.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹³³⁾ Podendo prever cláusulas penais pela mora.

⁽¹³⁴⁾ As chamadas “unidades de serviço”.

⁽¹³⁵⁾ Em regra, pelo menos três anos.

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

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

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

7.4. *Questões de direito laboral*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁴⁴⁾ Por exemplo, o poder disciplinar.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 8. Apontamento conclusivo

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

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

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

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

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

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

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

III. Comunicações Electrónicas

§ 9. Contratos electrónicos

9.1. Acordos EDI (Electronic Data Interchange)

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

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

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

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

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

9.2. Comércio Electrónico na Internet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.3. Documento electrónico e assinatura digital

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.4. *Momento da celebração*

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 10. Serviços da sociedade da informação

10.1. *Noção e modalidades*

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

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

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

⁽¹⁷¹⁾ COM(99) 427 final.

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

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

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

10.2. Alguns problemas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 11. Defesa do consumidor

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

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

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

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

11.1. *Contratos à distância*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.2. *Cláusulas abusivas*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 12. Protecção da propriedade Intelectual

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

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

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

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

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

12.1. *Bases de dados electrónicas*

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

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

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

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

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

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

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

12.2. *Portagens de acesso: os envelopes criptográficos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Resenha Bibliográfica (*)

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

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

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

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

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

WWW.DIGITAL-FORUM.NET [JURINET]