

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

Pelo Mestre Alexandre L. Dias Pereira ()*

SUMÁRIO:

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

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

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

Nota Introdutória

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Programas de Computador

§ 1. Generalidades

1.1. *Importância e caracterização geral do software*

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

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

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

1.2. Protecção jurídica dos programas de computador

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. A cultura das licenças

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2. Formas de aquisição de *software*

2.1. “Tipologia”

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

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

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

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

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

2.2. *Relações pré-contratuais e aconselhamento informático*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽²⁹⁾ Art. 1207.º do Código Civil.

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

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

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

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

⁽³⁴⁾ *BMJ n.º 331, 1983*, p. 489.

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

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

3.2. Adaptação

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

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

⁽³⁶⁾ BMJ n.º 374, 1988, p. 449 s.

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

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

§ 4. Compra e venda de software

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

4.1. Qualificação jurídica (compra e venda / locação)

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

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

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

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

⁽⁴¹⁾ Considerando 17, *in fine*.

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

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

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

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

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

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

⁽⁴⁶⁾ Art. 405.º do Código Civil.

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

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

4.2. A situação no direito comparado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(53) § 90 BGB.

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

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

(56) §§ 433 *et seq.* BGB.

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

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

(57) §§ 581 *et seq.* BGB.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. O problema da natureza do suporte

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

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

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

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

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

⁽⁷⁴⁾ Pres, CR 1994, p. 520.

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

4.4. Direitos do utilizador legítimo de software

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5. Limites exógenos à liberdade contratual

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

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

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

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

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

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

II. Sistemas Informáticos

§ 5. Generalidades

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

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

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

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

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

5.1. Caracterização do sistema informático

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

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

(87) Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto.

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

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

5.2. Método

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

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

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

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

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

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

§ 6. Sistemas Informáticos “Chaves na Mão”

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

6.1. *Elaboração do projecto de sistema*

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

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

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

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

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

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

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

6.2. *Autonomia jurídico-económica do sistema*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3. *Qualificação jurídica*

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

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

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

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

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

6.4. Leasing de sistema informático

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁰¹⁾ Art. 1022.º do Código Civil.

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

⁽¹⁰³⁾ Art. 934.º do Código Civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4.1. *Programas de computador e sistemas informáticos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.5. Seguro do sistema informático

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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