DAS LICENÇAS DE SOFTWARE E DE BASES DE DADOS
SOFTWARE LICENSES AND DATABASES

Alexandre Libório Dias Pereira*

Resumo § 1. Introdução, delimitação do objecto, sequência. § 2. Os programas de computador e as bases de dados como possíveis objectos de direitos de autor e de outras formas de propriedade intelectual («copyright corporativo»). § 3. Fontes e enquadramento sistemático dos contratos de licença de bens informáticos: 3.1. Regras gerais dos contratos, disposições dos contratos típicos e recurso à analogia; 3.2. Relação com o regime geral dos contratos de direitos de autor previsto no CDADC. § 4. Formação, forma e requisitos de eficácia. §5. Caracterização das licenças e sua qualificação para efeitos de regime: 5.1. Licenças de produção e/ou distribuição; 5.2. Licenças de utilização final. § 6. Licenças de software livre ou de fonte aberta (FLOSS). § 7. Licenças compulsórias por exigências do direito da concorrência. § 8. Comércio electrónico de software e bases de dados e protecção do consumidor.

Palavras-chave: contratos – licenças – software – bases de dados – internet

Abstract Software & databases licenses represent an important dimension of computer contracts. This articles addresses software & database licenses as copyright contracts under Portuguese law. Based upon the main features of these licenses a legal framework is proposed for them including both specific copyright law and general contract law issues. Free software licenses as alternatives to proprietary copyright licensing as well as compulsory licenses in case of abuse of dominant position for purposes of competition law are also referred to. Finally, some remarks on consumer protection on e-commerce are pointed out.

Keywords: contracts – licenses – software – databases – internet

§ 1. Introdução, delimitação do objecto, sequência

Os programas de computador e outros bens informáticos são da maior importância na economia da sociedade da informação e do conhecimento, constituindo a sua utilização e exploração objecto de diversos contratos inter-empresariais, contratos de consumo e de contratos com a Administração Pública.

Urge, todavia, proceder a uma delimitação prévia do tema enquadrando-o no âmbito dos contratos de direitos de autor e de propriedade industrial, i.e., contratos de propriedade intelectual. Para começar, analisamos apenas as licenças de programas de computador e de bases de dados, com exclusão não apenas dos demais contratos mas também de outros bens informáticos. Além disso, o tratamento destes contratos enquanto contratos de consumo não é objecto de especial desenvolvimento, uma vez que só episodicamente se encontrarão normas de protecção do consumidor nas leis dos direitos de autor (fala-se antes em utente ou utilizador legítimo, o qual não é necessariamente um consumidor). Não obstante, serão assinalados alguns aspectos da protecção do consumidor que adquire licenças de software e de bases de dados no âmbito do comércio electrónico pela internet. Por outro lado, não tratamos destas licenças no âmbito da contratação pública.

Pela positiva, estudamos as licenças de software e/ou de bases de dados enquanto contratos de direitos de autor. Para o efeito interessa considerar brevemente em que termos são os programas de computador e as bases de dados objecto de protecção por direitos de autor. Depois, procedemos à caracterização das licenças de software e ao seu enquadramento normativo para efeitos de regime jurídico contratual. Fazemos ainda referência às licenças de software livre, pela sua importância enquanto alternativa ao software proprietário. Incluímos

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Professor Convidado da Universidade Portucalense. Jurisconsulto.

ainda um apontamento sobre a possível imposição de licenças ao titular de direitos quando a sua recusa constitua abuso de posição dominante nos termos do direito da concorrência. Terminamos com uma breve referência à protecção contratual do consumidor de bens informáticos no comércio electrónico.

§ 2. Os programas de computador e as bases de dados como possíveis objectos de direitos de autor e de outras formas de propriedade intelectual («copyright corporativo»)

Os programas de computador e as bases de dados têm uma história em comum. Para começar, a protecção jurídica destas duas espécies de bens informáticos por direitos de autor e afins foi objecto de harmonização comunitária através da Directiva 91/250[1] e da Directiva 96/9[2]. Depois, a transposição destes instrumentos de legislação comunitária para a ordem jurídica interna, ao invés de os ter incorporado no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, realizou-se mediante a adopção de diplomas avulsos, a saber, respectivamente: o DL 252/94[3] (doravante PC) e o DL 122/2000[4] (doravante BD).[5]

No preâmbulo destes diplomas o legislador interno justifica a sua opção com fundamento na especial natureza destes bens informáticos e nas normas de protecção oriundas da fonte comunitária que extravasam os cânones clássicos dos direitos de autor, tais como a protecção da algoritmia dos programas de computador, incluindo as restrições à descompilação, e a protecção dos investimentos substanciais na produção de bases de dados através de um direito *sui generis*, para além da inclusão dos actos de reprodução para uso privado no âmbito do direito exclusivo de reprodução. De notar, todavia, que a jurisprudência portuguesa, designadamente nos acórdãos da Relação de Lisboa de 26/4/1994[6] e de 12/10/95[7], já tinha afirmado a protecção dos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, tendo em conta a natureza exemplificativa das espécies de obras que ilustram a noção de obra literária e artística, constantes do catálogo do CDADC[8].

---

[1] Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, substituída pela Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009.

[2] Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

[3] Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro.

[4] Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho.

[5] *Vide* Ascensão, José de Oliveira, 'A protecção jurídica dos programas de computador', *Revista da Ordem dos Advogados* (1990), p. 69; Id. *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; Id. 'Bases de dados electrónicas: o estado da questão em Portugal e na Europa', *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora. Coimbra, 2002, p. 9; Cordeiro, Pedro, 'A lei portuguesa do «software»', *Revista da Ordem dos Advogados* (1994), p. 714; Martins, A.G. Lourenço / Marques, Garcia, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006; Mello, Alberto Sá e, 'Tutela Jurídica das Bases de Dados (A transposição da directriz 96/9/CE)', *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 111; Pereira, Alexandre L. Dias, 'Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica', *Direito da Internet e da Informática*, Coimbra: Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 73; Id. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; Id. 'Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador', *Direito Industrial*, I, APDI/FDUL, Coimbra: Almedina, 2001, p. 385; Id. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra: Almedina, 2008; Rebello, Luiz Francisco, 'Protecção Jurídica dos Programas de Computador', *Memórias da Academia de Ciências de Lisboa, Classe de Letras,* Tomo XXIII, Lisboa (1983); Id. *Introdução ao Direito de Autor*, I, SPA/D. Quixote, Lisboa, 1994; Rocha, Manuel Lopes / Cordeiro, Pedro, *A protecção jurídica do software*, 2.ª ed., Lisboa: Cosmos, 1995; Saavedra, Rui, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa: SPA/D.Quixote, 1998; Silva, Miguel Moura e, 'Protecção de programas de computador na Comunidade Europeia', *Direito & Justiça* (1993) p. 253; Vieira, José Alberto C., 'Notas gerais sobre a protecção dos programas de computador em Portugal', *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 73; Id. *A protecção dos programas de computador pelo direito de autor*, Lisboa: Lex, 2005.

[6] CJ 1994, II, p. 130.

[7] CJ 1995, IV, p. 109.

[8] Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 63/85, de 14 de Março e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos -Leis n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de Agosto, 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril.

Os programas de computador, enquanto tais, não podem ser objecto de patentes (art. 52º CPE[9] e art. 52º/1-d CPI[10]). Não obstante, a protecção instituída parece quase um direito de patente com invenção secreta e duração prolongada. Além disso, em matéria de base de dados, ao fabricante é outorgado um direito semelhante ao direito conexo do produtor de fonograma ou videograma, mas com conteúdo reforçado, e não obstante ter por base a inexistência de um sistema uniforme de concorrência desleal nos países da União Europeia.

A protecção da empresa sobressai nestas leis especiais de direitos de autor. O tratamento mais favorável à empresa é ainda evidenciado em sede de atribuição da titularidade dos direitos e do conteúdo do direito moral.

Por um lado, a lei protege os programas de computador que, na sua forma de expressão – incluindo o respectivo material preliminar de concepção – tenham carácter criativo (art. 1º/2 PC) e as estruturas de bases de dados originais (art. 4º/1 BD), i.e., quando constituam criações intelectuais. Os direitos de autor pertencem em princípio ao respectivo criador intelectual. Todavia, a lei não apenas permite que os direitos sejam cedidos a terceiro por contrato como ainda estabelece essa cessão em várias situações, designadamente no caso das obras informáticas criadas por encomenda ou por trabalhador no âmbito do contrato de trabalho, ou ainda quando sejam criadas no âmbito de uma empresa, já que as presume obras colectivas (art. 3º PC, art. 5º BD; ver art. 19º CDADC).

Por outro lado, os direitos morais do criador de programas de computador e de bases de dados parecem reduzidos ao direito de paternidade, podendo apenas reivindicar a autoria e a sua identificação na obra (art. 9º PC e art. 8º BD). Já o direito à integridade e genuidade da obra é afastado dos direitos morais, ao excluir-se expressamente (art. 3º/5 PC e 5º/5 BD) a aplicação do nº 2 do artigo 15º do CDADC, nos termos do qual 'A faculdade de introduzir modificações na obra depende do acordo expresso do seu criador e só pode exercer-se nos termos convencionados.' Embora esta solução se possa louvar não apenas na natureza dinâmica das obras informáticas mas também na letra das directivas comunitárias, que incluem os actos de modificação no exclusivo económico, não deixam todavia de suscitar um problema de conformidade com a Convenção de Berna, tanto das leis internas como das directivas comunitárias, que incluem a protecção destas obras informáticas no âmbito da referida Convenção.

Se o criador se eclipsa, já o direito exclusivo se engrandece, desde logo no que respeita à duração, que por imposição comunitária segue a regra geral dos 70 anos *post mortem auctoris* (art. 36º CDADC e art. 6º BD). Depois, larguíssima é a definição de actos de reprodução e assim tem sido entendida pela jurisprudência. Ao exclusivo de reprodução juntam-se a transformação e a colocação em circulação ou distribuição de exemplares (sujeita ao esgotamento comunitário) e ainda, para as bases de dados, os actos de comunicação ao público (art. 5 PC e 7º BD). Já no que respeita à utilização livre, é excluída a reprodução para uso privado de programas de computador e das bases de dados electrónicas e, para além de situações específicas previstas para as bases de dados, são permitidas apenas as formas de utilização livre previstas no artigo 75º do CDADC 'sempre que forem compatíveis'. Em concreto, caberá à jurisprudência o preenchimento desta fórmula legal indeterminada.

O engrandecimento de um exclusivo económico desenhado em benefício das empresas do sector é moderado pelo surgimento de uma nova personagem no enredo normativo dos direitos de autor. Trata-se do utente legítimo – leia-se, aquele que utiliza a obra com autorização do titular de direitos ou da lei. Pode o utente legítimo reproduzir o programa e estudá-lo no âmbito da sua utilização, e realizar uma cópia de apoio. Pode ainda reproduzir e alterar o programa para efeitos de correcção de erros, incluindo a descompilação estritamente necessária para fins de interoperabilidade com programa independente e a utilização, para esses fins,

---

[9] Convenção da Patente Europeia, assinada em Munique em 5 de Outubro de 1973 (revista em 2000).

[10] Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003 de 5 de Março, e alterado pelos Decretos -Leis n.º 318/2007, de 26 de Setembro, e 360/2007, de 2 de Novembro, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho.

das informações assim obtidas. Os direitos do utente legítimo são imperativos, no sentido de que a lei – pese embora algumas deficiências de transposição que patenteia – comina com a sanção de nulidade cláusulas contratuais que o privem destes direitos mínimos de utilização (arts. 6º e 7º PC). Idêntica é a solução em matéria de bases de dados, ainda que os direitos do utente legítimo sejam limitados aos actos necessários 'ao acesso à base de dados e à sua utilização, na medida do seu direito' (art. 9º BD).

Além disso, ao fabricante de base de dados é atribuído um direito especial sobre o conteúdo, independentemente de a sua estrutura ser protegida por direitos de autor. Com efeito, o fabricante de bases de dados é beneficiário de um direito exclusivo de extracção e/ou de reutilização, total ou parcial, de partes substanciais do conteúdo de bases de dados quando a sua obtenção, verificação ou apresentação represente um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo; além disso, o direito exclusivo alarga-se a partes não substanciais da base quando a sua extracção e/ou reutilização sejam praticadas de forma sistemática e contrária à exploração normal dessa base ou possam causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu fabricante (art. 12º BD).

Este direito, que não deriva de nenhum instrumento internacional, 'pode ser transmitido ou objecto de licenças contratuais' (art. 13º) e dura 15 anos, embora a mesma base possa ser objecto de prazos de protecção sucessivos sempre que nela sejam introduzidas modificações substanciais (art. 17º). Poucos são os actos livres que limitam este direito especial, quais sejam fins didácticos ou científicos, segurança pública ou processo administrativo ou judicial. Os fins de informação que fundamentam diversas utilizações livres em sede de direitos de autor não têm aqui lugar, o mesmo sucedendo com a extracção para uso privado de conteúdo de base de dados electrónica. Além disso, a tutela das medidas técnicas de protecção não salvaguarda nenhum acto livre face ao direito especial do fabricante de bases de dados, embora uma interpretação conforme com a Constituição permita justificar a aplicação desses e de outros limites.

§ 3. Fontes e enquadramento sistemático dos contratos de licença de bens informáticos

A protecção dos programas de computador e das bases de dados pelos direitos de autor significa que a licitude da utilização e exploração económica de tais bens informáticos por terceiros depende da obtenção de uma licença junto dos titulares de direitos (e da observância dos seus termos), salvo nas situações de utilização livre contempladas na lei. Por via da licença, o titular de direitos autoriza um ou mais sujeitos a praticarem actos de utilização dos bens informáticos, sem todavia alienar o seu exclusivo de exploração económica. Neste sentido, a licença distingue-se em princípio das transmissões de direitos de autor, uma vez que o titular de direitos não aliena o seu exclusivo. [11]

Estas são algumas das conclusões a que chegamos da leitura dos preceitos idênticos das leis do software e das bases de dados sob epígrafe 'Autonomia privada' (art. 11º PC e art. 18º BD), com a diferença de que o primeiro estabelece ainda um princípio de interpretação dos negócios relativos a direitos sobre programa de computador nos termos do qual 'As estipulação contratuais são sempre entendidas de maneira conforme à boa fé e com o âmbito justificado pelas finalidades do contrato' (art. 11º/3 PC). A referência às finalidades do contrato

[11] *Vide* Ascensão, José de Oliveira, 'Direitos do utilizador de bens informáticos', *Comunicação e Defesa do Consumidor*. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra, 1996, p. 342; Martins, A.G. Lourenço / Marques, Garcia/ Dias, Pedro Simões – *Cyberlaw em Portugal – O direito das tecnologias da informação e comunicação*, Centroatlântico.pt, Famalicão/ Lisboa, 2004; Pereira, Alexandre L. Dias, 'Protecção Jurídica e Exploração Negocial de Programas de Computador', *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 2002; Id. 'Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais', *Revista da Ordem dos Advogados* (1999) III, p. 915; Rocha, Manuel Lopes, 'Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de «software», in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994, p. 695; Trabuco, Cláudia, 'O direito de autor e as licenças de utilização sobre programas de computador: o contributo dos contratos para compreensão do direito', *Themis* 15 (2008), p. 139.

é de grande alcance, uma vez que no universo da praxis negocial a licença é uma designação genérica que abarca uma diversidade significativa de figuras contratuais.

3.1. Regras gerais dos contratos, disposições dos contratos típicos e recurso à analogia

A lei fornece ainda outras indicações sobre o enquadramento sistemático e a disciplina destes negócios. Dispõem identicamente os referidos preceitos que 'Os negócios relativos a direitos sobre [estes bens informáticos] são disciplinados pelas regras gerais dos contratos e pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia', sendo-lhes 'aplicáveis as disposições dos artigos 40º, 45º a 51º e 55º do [CDADC]'.

Para começar, a lei refere-se a negócios relativos a direitos sobre programas de computador ou bases de dados e não a negócios que tenham estes bens informáticos por objecto. Deve entender-se todavia que estão em causa negócios relativos a bens informáticos protegidos por direitos exclusivos. Com efeito, o que as partes negoceiam é a utilização ou exploração económica dos bens informáticos. Está em causa o gozo destes bens para o fim a que se destinam pelas partes tendo em conta as suas qualidades funcionais. Este apontamento é relevante uma vez que, detendo o bem informático, o licenciado poderá socorrer-se dos meios de tutela possessória para defender o seu direito pessoal de gozo.

Depois, a lei indica que estes negócios são disciplinados pelas regras gerais dos contratos e pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia. Assim, o facto de as leis do software e das bases de dados não estabelecerem uma disciplina própria para os contratos de licença destes bens tal não significa que se trate de casos omissos. Desde logo, deverá o intérprete consultar primeiro o capítulo relativo aos negócios jurídicos contido na parte geral do Código Civil bem como o seu Livro das Obrigações. Não obstante o seu valor pedagógico, aquela disposição gera uma dificuldade, que está em saber, nas licenças de software e de bases de dados negociadas pela via electrónica, se serão aplicáveis as disposições especiais previstas do diploma do comércio electrónico – DL 7/2004[12] – para a contratação electrónica, em especial nas relações com consumidores. Pensamos que a resposta só pode ser positiva uma vez que o diploma do comércio electrónico estabelece normas para a negociação por via electrónica, que ocorre naturalmente também no domínio do software e das bases de dados.

Além disso, a lei consagra o princípio metodológico segundo a qual os contratos se regem pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia. Tem o mérito de recordar que os negócios relativos a software e de bases de dados podem integrar-se nos clássicos tipos legais de contratos. Pelo que, ao invés de remeter logo as licenças para a categoria dos contratos atípicos, deverá o intérprete verificar se e em que termos as licenças de software e/ou de bases de dados se integram em algum dos tipos legais de contratos, como sejam a compra e venda, a doação, a locação, o comodato, a prestação de serviços, a empreitada, etc. Essa verificação deverá ser feita não apenas no quadro da lei civil mas também da lei comercial, a fim de aplicar as disposições especiais aí previstas. Poderá ainda dar-se o caso de tratar-se de um contrato misto, no sentido de reunir elementos de dois ou mais contratos típicos, a reger pela teoria da combinação ou pela teoria da absorção, ou ainda de contratos coligados por um nexo de dependência funcional.

Por outro lado, caso os negócios em causa não se integrem directamente em nenhum tipo legal de contrato, diz a lei que se regem pelas disposições dos contratos típicos com os quais ofereçam maior analogia, ou seja, será necessário apurar, caso a caso, com que contrato típico o negócio em causa oferece maior analogia, averiguando face a cada licença em concreto a procedência das razões justificativas do regime do contrato típico (art. 10º/2 do Código Civil – CC).

---

[12] Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

Decorre do exposto que a lei não toma partido sobre a qualificação dos contratos de licença de software e/ou de bases de dados, deixando ao intérprete a tarefa de apurar a sua possível integração em tipos contratuais legais ou de lhes aplicar por analogia – aqui entendida em sentido estrito – as respectivas disposições.

3.2. Relação com o regime geral dos contratos de direitos de autor previsto no CDADC

A lei estabelece ainda uma indicação de grande alcance já que remete para alguns preceitos do CDADC, a saber os seus artigos 40º, 45º a 51º e 55º. Destes só o primeiro tem interesse para as licenças, enquanto autorizações de utilização. O maior significado do referido preceito legal está no que ele não diz e alcança-se por via de interpretação *a contrario*: ao remeter para os referidos artigos do CDADC, e apenas para esses, a lei afastara tacitamente a aplicação dos restantes preceitos do CDADC relativos aos negócios de disposição de direitos de autor, designadamente os artigos 41º a 44º onde se estabelece o regime das autorizações de utilização, da transmissão ou oneração parciais, e da transmissão total dos direitos de autor. No que às licenças diz especificamente respeito, merece destaque o afastamento do regime das autorizações de utilização previsto no artigo 41º e 42º, designadamente a obrigação de forma escrita e de especificação de vários aspectos do seu conteúdo.

Será entendimento firme da lei só permitir a aplicação das normas do CDADC ao software e às bases de dados nas situações aí previstas. Neste sentido apontam também os preceitos referentes à tutela por outras disposições legais, no sentido de que não são prejudicadas 'regras de natureza diversa' (art. 15º PC e art. 20º/1 BD). Contudo, embora se afigure muito difícil definir à partida a totalidade das regras de natureza jurídico-autoral aplicáveis aos programas de computador e às bases de dados, parece claro que a lei pretende afastar os referidos preceitos do CDADC. Todavia, quanto a nós, isso não significará o afastamento das disposições especiais estabelecidas no Código para os contratos de utilização de obras protegidas, nomeadamente o contrato de edição.

§ 4. Formação, forma e requisitos de eficácia

Tanto a lei do software como a lei das bases de dados não estabelecem disposições sobre formação, forma e requisitos de eficácia dos contratos de licença. Nessa medida, estas questões seriam regidas pelas disposições gerais que regulam os contratos enquanto negócios jurídicos, designadamente o princípio da consensualidade e a liberdade de forma.

Sucede todavia que as disposições gerais do negócio jurídico são derrogadas pelas normas especiais dos tipos legais de contratos. Pelo que, ao invés de começar pelas disposições gerais, é necessário verificar, face a cada licença em concreto, a sua eventual integração num tipo legal de contrato. Por exemplo, se uma licença de software se qualificar como contrato de comodato, então o contrato só se considera formado com a entrega da coisa (art. 1129º CC). Neste sentido, a licença será um contrato real quanto ao modo de constituição.

Poderá objectar-se que, enquanto bem incorpóreo, o software é insusceptível de entrega, pelo que as disposições do comodato só seriam aplicáveis por analogia. Idêntico raciocínio valeria para todos os tipos legais de contratos que envolvam um acto material de entrega de coisa (*dare*), seja enquanto requisito de formação do contrato (e.g. depósito) seja enquanto obrigação das partes (e.g. compra e venda, locação). Considerando-se que os bens incorpóreos, como o software e as bases de dados, não admitem, pela sua natureza, a prática de tais actos, o regime jurídico desses tipos legais de contratos só seria aplicável por analogia. Pelo que as questões de formação, forma e requisitos de eficácia seriam reguladas pelas disposições gerais dos contratos enquanto negócios jurídicos e pelas disposições especiais dos tipos legais de contrato com os quais apresentassem semelhanças relevantes, salvo as normas que pressupusessem a existência de uma *res* corpórea.

Outro todavia é o nosso entendimento. Não descortinamos razões que justifiquem a impossibilidade de os bens incorpóreos serem objecto de entrega e de gozo para o fim a que se destinam. Quando duas empresas celebram entre si um contrato nos termos do qual a primeira, dispondo do seu exclusivo, autoriza a segunda a utilizar temporariamente e mediante remuneração o seu software, a licenciante não fica apenas obrigada a abster-se de impedir essa utilização, mas também a praticar os actos que tornem essa utilização possível por parte da licenciada. Desde logo, a licenciante tem a obrigação de entregar à licenciada o exemplar do software, independentemente do suporte (disco digital, transferência electrónica). O que torna identificável, neste caso, o tipo legal do contrato de locação, i.e., 'o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante remuneração' (art. 1022º CC). A natureza incorpórea dos bens intelectuais afasta a impossibilidade de gozos simultâneos e com idêntico conteúdo. Mas em nada prejudica a operação económica em que a locação se traduz.

Esta reflexão sobre a locação de bens incorpóreos vale, *mutatis mutandis*, para os restantes tipos legais de contratos, no sentido de que não devemos prejudicar a qualificação de um concreto contrato em razão da natureza corpórea ou incorpórea do seu objecto. Essencial é antes atender à operação económica em causa, às finalidades do contrato. Ou seja, interessa apurar a vontade das partes no exercício da sua liberdade contratual e dos direitos exclusivos de que sejam titulares. Trata-se de saber, designadamente, se as partes quiseram transmitir definitivamente direitos ou apenas negociar uma autorização temporária de utilização dos bens em causa, se a transmissão de direitos ou a autorização de utilização é onerosa ou gratuita, se diz respeito a um bem já existente ou antes futuro, etc.

Em conformidade – e tal como as leis do software e das bases de dados têm o mérito de recordar – os contratos de licença de software e/ou de bases de dados não são necessariamente contratos atípicos uma vez que, atenta a operação económica que realizem a aferir segundo as estipulações das partes, podem ser integrados nos tipos legais de contratos. Qual é ou quais são as operações económicas susceptíveis de serem realizadas através de contratos de licença de software?

§5. Caracterização das licenças e sua qualificação para efeitos de regime

As licenças de software ou bases de dados são acordos pelos quais o titular dos direitos exclusivos concede a outrem autorização de utilização destes bens para determinados fins, tais como, nomeadamente, produção, distribuição ou utilização final. As licenças – nomenclatura importada da propriedade industrial e de uso corrente nos países de copyright – distinguem-se geralmente das transmissões e onerações, já que o titular dos direitos de autor não aliena o seu exclusivo de exploração económica. Além disso, as licenças servem uma pluralidade de fins, que correspondem genericamente ao processo económico: produção, distribuição e utilização final. Trata-se, em qualquer caso, de praticar actos materiais cuja licitude depende de autorização (licença) do titular de direitos de autor, como sucede com a produção de exemplares (reprodução) e sua comercialização (distribuição) e, ainda, a utilização final (uma vez que até a reprodução para uso privado carece de licença).

5.1. Licenças de produção e distribuição e licenças de distribuição

O primeiro núcleo de licenças tem a ver com a exploração mercantil dos bens informáticos em causa através dos intermediários do processo económico: produtores e/ou distribuidores.

Para começar, as licenças de produção e distribuição de software (frequentes no âmbito dos chamados acordos OEM) devem qualificar-se como contratos de edição, regulando-se pelas respectivas disposições (CDADC, art. 83º e seg.). Com efeito, o titular de direitos autoriza a outra parte a produzir e comercializar um determinado número de exemplares da obra, mediante remuneração, devendo a licenciada utilizar a obra para esse fim. Enquanto contratos

de edição, estas licenças devem ser celebradas por escrito. Além disso, enquanto autorização de utilização remunerada estas licenças integram-se no tipo contratual da locação, cujas disposições serão aplicáveis, salvo norma especial em contrário da edição. Em suma, trata-se de uma locação de obra para fins de edição.

Quanto às licenças de distribuição, trata-se de autorizar apenas a distribuição de exemplares do software ou das bases de dados. Uma vez que a distribuição faz parte dos direitos de autor, está sujeita a autorização do titular de direitos, excepto no que se refere a exemplares que já tenham sido licitamente distribuídos no mercado interno, caso em que terá ocorrido esgotamento do direito de distribuição (que não abrange todavia o aluguer desses mesmos exemplares). A licença de distribuição é igualmente uma autorização de utilização de obra intelectual. Todavia, ao contrário de outros contratos, como a edição ou a representação, o CDADC não regula o contrato de distribuição, o mesmo sucedendo com as leis do software e das bases de dados – para além da questão do esgotamento do direito. Todavia, enquanto autorização de utilização temporária de obra intelectual mediante remuneração, a licença de distribuição é também uma forma de locação de obra intelectual. Além disso, estas licenças podem revestir uma modalidade de contrato de distribuição, designadamente a concessão ou a franquia, pelo que se deverá atender à lei do contrato de agência (DL 178/86[13]) uma vez que as suas disposições poderão ser aplicadas, por analogia, a esses contratos. Com efeito, a operação económica que subjaz à licença de distribuição poderá corresponder a um contrato de concessão ou de franquia, consoante os casos, implicando por isso outras obrigações como a prestação de serviços de assistência pós-venda, a utilização do uniforme empresarial da licenciante, formação técnica especializada, etc.

Em termos de regime jurídico, a licença de distribuição, enquanto locação de obra, reger-se-á pelas disposições da locação e, enquanto acordo de distribuição, pelas disposições da agência que sejam aplicáveis, e ainda pelas regras gerais aplicáveis aos contratos enquanto negócios jurídicos e fonte de obrigações. Atente-se, não obstante, que, enquanto locação de obra e acordo de distribuição, estas licenças são contratos mistos, articulando-se as disposições aplicáveis segundo o critério da teoria da combinação (mobilizada pelo STJ no acórdão de 5 de Julho de 1994[14], relativo a um contrato de fornecimento e instalação de equipamento informático, qualificado como um contrato misto de compra e venda e empreitada). Em caso de conflito insanável, atender-se-á ao critério da teoria da absorção, no sentido de prevalecerem as disposições que regulam as prestações relativas às finalidades principais do contrato.

Sendo o fim da licença a distribuição, deverão prevalecer as disposições específicas que regulam os acordos de distribuição? Poderá argumentar-se que a licença de distribuição só é condição de licitude da actividade do distribuidor no caso de os direitos existirem e na medida em que ainda não tenha ocorrido o esgotamento do direito de distribuição. Nessa medida, em caso de conflito insanável entre uma norma da locação e outra da agência (por ex., no domínio da cessação do contrato), deveria esta última prevalecer, ainda que fosse aplicável apenas por analogia. Todavia, deve ter-se em conta que, tratando-se de licenças de distribuição de bens informáticos protegidos e no âmbito dessa protecção, é no exercício do seu exclusivo de distribuição que o titular de direitos estipula os termos em que, por via da licença que concede à outra parte, lhe permite a utilização da obra para os fins de distribuição, o qual, uma vez no gozo da coisa, passa a dispor de um direito de gozo oponível *erga omnes* (art. 1037º/2 CC) – não carecendo para o efeito de registo, ao contrário do que sucede nas licenças de direitos industriais (e.g., patentes, marcas). Além disso, a licença, enquanto locação, não termina se o licenciante tiver transmitido os seus direitos a terceiro por exemplo no âmbito

---

[13] Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro, relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais. *Vide* Monteiro, António Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

[14] CJ 1994, II, p. 174.

de um negócio trespasse (art. 1057º CC). Em suma, a actividade de distribuição depende dos termos da licença, pela qual o titular de direitos autoriza a utilização da sua obra protegida.

5.2. Licenças de utilização final

Para além das licenças de produção e/ou distribuição existem as licenças de utilizador final (EULA – *End User Licence Agreement*). No essencial, estas licenças de utilização final podem ser relativas a um programa padronizado, produzido e distribuído em massa "tal e qual", ou antes a um programa escrito por encomenda em atenção às específicas necessidades concretas de um particular utilizador.

Com efeito, em função das necessidades específicas de cada utilizador, assim será procurado um programa 'tal e qual' (*standard software*, ainda que adaptado) ou um programa novo (*individual software*). Se não estiver disponível um programa que satisfaça as necessidades específicas do utilizador, este contrata com uma empresa de software o desenvolvimento de um programa com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, bem como os termos da sua utilização. Se existir um programa que satisfaça essas necessidades do utilizador, este limita-se a obter a respectiva licença de utilização. Em qualquer dos casos, estes contratos podem igualmente reconduzir-se aos tipos contratuais da lei civil.

5.2.1. Licenças de software encomendado ('feito à medida')

A licença de software feito à medida obtém-se no quadro de um contrato de encomenda de obra intelectual. Na doutrina e na jurisprudência do direito comparado, é praticamente consensual a qualificação da encomenda de obra intelectual como contrato de empreitada (*contrat d'entreprise*, *Werkvertrag*, *contratto di appalto*), o mesmo valendo para os casos em que o utilizador encomenda a adaptação de um programa já existente, que se traduza na criação de um novo programa. Não existindo criação de novo programa ou tratando-se de simples assistência e manutenção, considera-se que se trata de contratos de prestação de serviços indiferenciados (*louage d'ouvrage, Diensvertrag*, *contratto di appalto di servizi)*.

No direito português, a tese da qualificação da encomenda de obra intelectual como contrato de empreitada foi acolhida pelo STJ no seu acórdão de 3 de Novembro de 1983[15]. Todavia, os argumentos da tese da encomenda de obra intelectual como contrato de prestação de serviços inominado, a reger, em princípio, pelas disposições do mandato, acabariam por convencer o Supremo no seu acórdão de 2 de Fevereiro de 1988 [16]. Já antes se tinham pronunciado neste sentido a Relação de Lisboa (acórdão de 17 de Março de 1976) e a Relação do Porto (acórdão de 20 de Julho de 1982[17]). Esta última ainda reafirmou a tese da qualificação da encomenda de obra intelectual como empreitada no acórdão de 3 de Outubro de 1995, mas o Supremo Tribunal de Justiça reiterou a sua qualificação como contrato inominado de prestação de serviços nos acórdãos de 5 Junho 2001[18], de 29 de Abril e 6 de Maio, ambos de 2003, e de 11 de Julho de 2006[19].

Todavia, basear a exclusão das regras legais da empreitada na suposta essencialidade da natureza corpórea do seu objecto é apoio insuficiente. Por essa razão também a edição não deveria ser qualificada como empreitada (mas veja-se o acórdão do STJ de 26 de Junho de 1999[20]; para uma correcta caracterização da edição veja-se o acórdão da Relação do Porto de 21 de Outubro de 2003). Da nossa parte, somos favoráveis à qualificação como empreitada

---

[15] BMJ 331 (1983), p. 489.

[16] BMJ nº 374, p. 449.

[17] CJ VIII, IV, p. 22.

[18] CJ/ASTJ, IX, II, p. 120.

[19] Salvo outra indicação, www.dgsi.pt.

[20] BMJ 488 (1999), p. 386.

do contrato de encomenda de obra intelectual, incluindo o software e as bases de dados. De resto, esta será a mais recente orientação do STJ, já que parece aceitar a qualificação como empreitada de um contrato de encomenda de uma obra audiovisual no acórdão de 4 de Março de 2010.

Nos contratos de encomenda de software e de bases de dados a lei atribui os direitos de autor à entidade que encomenda a obra. Ressalva, todavia, que outra coisa pode resultar do contrato. E na prática sucede com frequência que a entidade que desenvolve o software retém os direitos de autor e concede uma licença de utilização à outra parte. Estas situações configuram uma coligação de contratos, que estão unidos por um nexo de dependência funcional, no sentido designadamente de que a desistência da encomenda da obra é causa de cancelamento da licença. Por seu turno, a qualificação da licença dependerá da operação económica em causa e dos termos para o efeito estipulados pelas partes, à semelhança do que sucede nas licenças 'tal e qual'.

5.2.2. Licenças de software 'tal e qual'

As licenças 'tal e qual' dizem geralmente respeito a software (ou base de dados) comercializado 'em massa'. A qualificação destas licenças de utilização tem sido muito discutida, oscilando as opiniões entre os que entendem que se trata de contratos de compra e venda e os que defendem que se trata de contratos de locação de software, para além dos que sustentam que se trata de figuras *sui generis*.

Defendemos que o programa não é acessório do suporte, ou seja, o software não é um atributo do suporte material em que é comercializado. O mesmo vale para as bases de dados. Pelo que, sob pena de tomarmos o acessório pelo essencial, a natureza jurídica do contrato de licença de utilizador final não deverá depender da natureza dos suportes (entendidos enquanto suportes materiais). De resto, pode suceder que a licença de utilização de uma cópia de um programa não seja acompanhada de uma coisa corpórea que lhe sirva de suporte, tal como sucede no comércio electrónico directo de software. Os programas de computador e as bases de dados são bens imateriais ou coisas incorpóreas e não deixam de o ser pelo facto de se encontrarem incorporados num suporte material. Este é apenas um instrumento fungível e dispensável da circulação daqueles, sendo por isso um elemento sem influência na qualificação do contrato de licença de utilização propriamente dito.

Por outro lado, o contrato de licença de utilizador final é assimilável aos tipos contratuais do Código Civil, no sentido da sua possível recondução nomeadamente à compra e venda e à locação. Se a utilização é concedida temporariamente, poderá ser uma locação ou um comodato, consoante o seu uso seja remunerado ou gratuito. Se a utilização tiver sido autorizada a título definitivo ou perpétuo, a licença qualificar-se-á como compra e venda ou até como doação, consoante seja onerosa ou gratuita.

A aquisição de exemplares de software (ou de bases de dados) comercializados tal e qual mediante um preço e para utilização sem limite de tempo corresponderá fundamentalmente a uma compra e venda. Esta qualificação foi aceite pela Relação do Porto no seu acórdão de 13 de Novembro de 2000, ao considerar que a garantia de bom funcionamento prevista no regime da compra e venda (art. 921º CC) se aplica a um contrato de fornecimento de material informático, incluindo a venda de programas computacionais adquiridos para revenda.

Em sentido favorável à qualificação como compra e venda dos contratos pelos quais se transmite onerosamente a propriedade de cópias de obras protegidas por direitos de autor aponta o art. 3.º do DL 332/97[21], que define a venda como uma forma de distribuição juntamente com o aluguer e o comodato, para efeitos do art. 68º/2 do CDADC. Ora, na situação típica do software comercializado em massa, tratar-se-á de uma compra e venda em termos de

[21] Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro, alterado pela Lei 16/2008.

aquisição de um direito disponível de uso não exclusivo, em que a lei garante imperativamente ao adquirente certos direitos mínimos de utilização.

Nestas situações, a licença parece implicar a constituição, a favor do licenciado, de um direito de gozo transmissível, perpétuo e oponível *erga omnes*, embora não necessariamente exclusivo – pela sua natureza incorpórea, estes bens podem ser simultaneamente detidos ou possuídos por diversas pessoas, cada uma na medida do seu direito. Poderá até sustentar-se que o utilizador adquire um direito real de gozo, cujo *licere* mínimo corresponderá aos direitos mínimos que integram imperativamente estas licenças.

A questão não é puramente teórica, já que se esta qualificação como compra e venda de um direito de utilização de um bem informático protegido não proceder, a alternativa será o regime da locação, com a consequência nomeadamente de ser imposto um limite à duração da licença e de o licenciado necessitar de autorização prévia do licenciante para transmitir a sua posição a terceiros. Tal solução representaria um entrave ao comércio e à circulação dos bens informáticos, designadamente no âmbito do trespasse de empresas. Além de que eclipsaria o esgotamento do direito de distribuição.

Uma terceira via seria considerar estes contratos figuras *sui generis*, não qualificáveis nem como compra e venda nem como locação, sendo as disposições destes contratos apenas aplicáveis, caso a caso, por analogia. Receamos, contudo, que esta solução seja apenas uma forma de contornar a questão, suscitando aliás mais problemas do que aqueles que resolve, em virtude da incerteza jurídica a que sujeita o regime destes contratos. Da nossa parte, parece-nos que a operação económica destas licenças corresponderá, consoante os casos, ao figurino da compra e venda ou da locação, cujos regimes deverão ser atendidos por razões não apenas de segurança jurídica mas também de justiça material.

Um caso recente da jurisprudência parece corroborar esta tese. Diz respeito à manutenção dos direitos do licenciado em caso de furto do equipamento em que está incorporado o software. O problema foi decidido pela Relação do Porto, no acórdão de 26 de Janeiro de 2006, tendo confirmado a decisão do Tribunal de primeira instância, no sentido de a licença se manter em vigor apesar do furto do equipamento. Esta decisão tem o mérito de não confundir a obra intelectual com o seu suporte corpóreo (STJ 21/3/1988, TRC 23/11/1999) e, assim como não se adquirem direitos pela aquisição da coisa material que sirva de suporte à sua fixação (art. 10.º CDADC), também os mesmos não se perdem, quando existam, por ocorrer o desaparecimento desse suporte. Determinando a lei que as licenças de software (e de bases de dados) atribuem imperativamente direitos mínimos de utilização do software, então o desaparecimento devido a furto do suporte material desse software não implicaria a perda de direitos por parte do utilizador autorizado, assim como não acarretaria a aquisição de direitos de utilização desse software pelos autores do furto dos equipamentos.

Note-se, todavia, que as licenças de utilização não conferem ao utilizador senão os direitos de utilização, incluindo os que a lei imperativamente lhe garante. Desde logo, em princípio, o licenciado não tem o direito de instalar o programa em vários computadores nem o pode utilizar em vários terminais ligados em rede a partir de um servidor central, tal como decidiu a Relação de Lisboa em diversos acórdãos (26/4/1994[22]; 12/10/1995[23]; TRC 12/7/2006). Isto significa que estão sujeitas a autorização a instalação e funcionamento dos programas em diversos computadores bem como a sua instalação em servidor e reprodução transitória em terminais (licenças LAN). Além disso, em vários casos envolvendo empresas que não operam directamente no mercado da informática, a jurisprudência é uniforme no sentido de que a reprodução de programas de computador para uso interno da empresa carece de autorização dos titulares de direitos de autor (STJ 20/9/2005; TRP 2/5/2001, 16/6/2004, 11/4/2007; TRL 14/6/2006). Quanto às empresas de comercialização de material informático e prestação de serviços informáticos, a mera alegação

[22] CJ 1994, II, p. 130.

[23] CJ 1995, IV, p. 109

de que utilizam cópias de apoio ou de segurança dos clientes e que se destinam a ser instaladas nos seus computadores não faz prova da licitude das cópias, embora nem sempre seja fácil a prova das infracções (TRP 19/3/2003, 23/4/2003, 18/6/2003, 16/6/2004).

§ 6. Licenças de software livre ou de fonte aberta (FLOSS)

O movimento software livre (*free software*) foi lançado por Richard Stallman, que criou em 1985 a Fundação para o Software Livre (*Free Software Foundation*). Esta Fundação dedica-se à eliminação de restrições sobre a cópia, redistribuição, estudo e modificação de programas de computador. Stallman introduziu os conceitos de *software livre* e *copyleft*, que foram desenvolvidos com o intuito de dar aos utilizadores liberdade de utilização e de programação, e de restringir as possibilidades de apropriação exclusiva. O movimento do software livre, apesar de combater a apropriação dos códigos de programação informática por via de direitos de autor e patentes, não abdica desses direitos, em especial no que respeita à sua vertente pessoal. Nesta linha inserem-se também as licenças Creative Commons.[24]

O conceito de *copyleft* não significa a inexistência de direitos de autor. Pelo contrário, em vez de se lançar o software no domínio público, afirma-se que é protegido por direitos de autor. Com base nisso, as licenças definem os termos de utilização e de distribuição, concedendo a todos o direito de usar, modificar, e redistribuir o código-fonte do programa ou qualquer outro programa derivado dele, na condição de os termos de distribuição permanecerem inalterados. Pretende-se assim que o código e as liberdades de utilização e de programação se tornem legalmente inseparáveis.

Por seu turno, o *open source* refere-se ao desenvolvimento de software que está publicamente disponível em forma de código-fonte, segundo o padrão de certificação emitido pela Iniciativa Fonte Aberta (OSI). O software, apesar de protegido por direitos de autor, é distribuído livre de restrições de licenciamento e encoraja os utilizadores a utilizar, modificar, copiar e distribuir livremente o software, desde que certas condições sejam respeitadas, as quais incluem, nomeadamente, a obrigação de manter o código fonte publicamente disponível. O movimento visa encorajar o desenvolvimento em colaboração de software, a remoção de erros de programação e a promoção de obras derivada.

Os projectos de software livre / fonte aberta (open source) mais visíveis são o sistema operativo GNU/Linux, o servidor de rede Apache, o browser Mozilla Firefox e os aplicativos de escritório OpenOffice.org. Entre os sites mais conhecidos que usam software livre encontram-se o Google (GNU/Linux) e o Yahoo (FreeBSD). As licenças de software livre são licenças de software (GPL) e licenças de documentação (GFDL) relativas à utilização de programas incluídos na Directoria de Software Livre (*Free Software Directory*). A nível europeu, a Comissão Europeia, no quadro do IDABC, elaborou a EUPL (European Union Public Licence).

Para ser considerado livre a licença de software deve proporcionar quatro liberdades fundamentais: utilizar o programa para quaisquer fins (1), modificar o programa e adaptá-lo às necessidades do utilizador, o que implica liberdade de acesso ao código fonte (2); redistribuir cópias de forma gratuita ou remunerada (3); distribuir versões modificadas do programa, de tal modo que a comunidade possa beneficiar das suas melhorias (4).

§ 7. Licenças compulsórias por exigências do direito da concorrência

Apesar de a legislação dos direitos de autor sobre bens informáticos não prever expressamente a possibilidade de licenças obrigatórias por razões de concorrência, o juiz comunitário tem validado decisões da Comissão Europeia nesse sentido. Na linha da jurisprudência comunitária sobre recusa de acesso a um elemento essencial do processo produtivo (ICI/

---

[24] Ver, com mais referências, Pereira, Alexandre L. Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, § 4.

Commercial Solvents, 1974; Volvo/Veng, 1988; Oscar Bronner/Mediaprint, 1998), destacam-se neste ponto as decisões dos tribunais comunitários sobre a recusa de licenciamento de informação protegida por direitos de autor e conexos (copyright) como modalidade de abuso de posição dominante. Trata-se da jurisprudência inicialmente firmada no acórdão *Magill*[25], posteriormente retomada pelo TJ no acórdão *IMS*[26] e mais recentemente desenvolvida pelo TPI no caso *Microsoft*[27], na parte relativa à recusa de fornecimento às empresas concorrentes de informações sobre a interoperabilidade de software.[28]

Neste último acórdão, de 17 de Setembro de 2007, o tribunal confirmou a decisão da Comissão, que sancionou a violação da proibição de abuso de posição dominante prevista no artigo 82º TCE e ordenou à Microsoft a divulgação das «informações relativas à interoperabilidade» às empresas que pretendessem desenvolver e distribuir sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho, autorizando-as a utilizar essas informações «em condições razoáveis e não discriminatórias». Segundo o TPI, a recusa por uma empresa dominante de licenciar informações de interoperabilidade pode constituir abuso de posição dominante para efeitos do artigo 82º TCE (agora art. 102º por força do Tratado de Lisboa) quando, sendo informação indispensável para o exercício de uma actividade num mercado vizinho ou conexo (a), a recusa é susceptível de eliminar toda a concorrência efectiva (b) e impede o surgimento de um novo produto para o qual existe procura potencial dos consumidores, incluindo a limitação do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores (c), salvo se a recusa tiver justificação objectiva que todavia não resulta da existência de direitos de propriedade intelectual sobre essa informação (d). Mais acrescentou que o grau de interoperabilidade da informação que deve ser tornada disponível define-se por referência ao que é necessário para que os concorrentes da empresa dominante se mantenham viáveis no mercado, sem abranger todavia a estrutura interna ou o código fonte dos seus produtos e por isso não dando aos concorrentes a possibilidade de os clonar ou reproduzir (par. 374-5).

A jurisprudência europeia presta-se à crítica de que, para além da restrição que impõe à liberdade contratual, uma aplicação demasiado ampla da proibição de abuso de posição dominante, que se traduza designadamente em impor o acesso a uma infra-estrutura essencial ou conceder licenças de direitos de propriedade intelectual, pode afectar a capacidade de as empresas se apropriarem dos benefícios dos seus investimentos e das suas inovações, em prejuízo do investimento em inovação e dos próprios consumidores.

Todavia, de acordo com a jurisprudência comunitária, as exigências da concorrência apenas podem prevalecer sobre a propriedade intelectual quando a recusa de conceder uma licença impede o desenvolvimento de um mercado 'a jusante' em prejuízo dos consumidores, já que a empresa concorrente pretende oferecer produtos novos ou inovados, para os quais existe procura dos consumidores, não obstante a empresa titular da propriedade intelectual explorar igualmente esse mercado secundário. Este é um ponto criativo do acórdão Microsoft, já que anteriormente a jurisprudência apenas validava a obrigação de conceder licenças quando a empresa dominante não explorasse o mercado derivado em causa, impedindo desse modo o surgimento de um produto novo (*Magill*, *IMS*). Agora o tribunal afirma claramente a possibilidade de estas licenças serem impostas, ainda que em circunstâncias excepcionais e ressalvando a possibilidade de justificação objectiva para a recusa, às empresas em posição dominante, mesmo que estas estejam igualmente presentes no mercado dito 'a jusante'. A promoção da inovação por via da concorrência dirige-se não apenas a produtos ainda não existentes no mercado, mas também a produtos já existentes susceptíveis de melhoramentos,

---

[25] C-241/91 P e C-242/91 P, RTE/ITP (Magill), Col. 1995, I-0743.

[26] C-418/01, IMS Health/NDC Health, Col. 2004, I-5039.

[27] T-201/04, Microsoft c. Comissão, Col. 2007, II-03601, §§ 797-9.

[28] *Vide* Pereira, Alexandre L. Dias, 'Inovação tecnológica, propriedade intelectual e defesa da concorrência no mercado do software', *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 85 (2009), p. 237; Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição dominante na Nova Economia*, Almedina, Coimbra, 2010; Trabuco, Cláudia, 'A interoperabilidade entre o Direito de Autor e o Direito da Concorrência (Ac. do TPI de 17.09.2007, Proc. T- 201/04 – Microsoft Corp. v Commission of the European Communities)', *Cadernos de Direito Privado* 21 (2008), p. 28.

com exclusão das meras réplicas sem valor acrescentado, de modo a proteger o processo concorrencial no '*downstream market*'.

Mais recentemente, na sua Comunicação *Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*[29], a Comissão esclarece que, tendo em conta a jurisprudência consolidada, são três os requisitos que podem justificar a imposição de uma licença compulsória: a) necessidade objectiva do meio de produção por impossibilidade de fonte alternativa; b) eliminação da concorrência efectiva, cuja probabilidade é tanto maior quanto maior for a quota de mercado da empresa dominante no mercado a jusante; c) prejuízo para o consumidor, em virtude nomeadamente de os concorrentes serem impedidos de introduzir bens ou serviços inovadores e/ou quando é provável que a inovação subsequente venha a ser travada.

No entender da Comissão, esta situação poderá ocorrer se a empresa que requer o fornecimento não tenciona limitar-se apenas à reprodução de bens ou serviços já oferecidos pela empresa dominante no mercado a jusante, mas pelo contrário pretende produzir bens e serviços novos ou melhorados para os quais existe, potencialmente, uma procura por parte do consumidor ou que é provável que contribuam para o desenvolvimento técnico' (par. 87, citando os casos *IMS Health* e *Microsoft*).

É legítimo questionar se a jurisprudência comunitária não se traduzirá na imposição de uma licença compulsória de fonte aberta (*open-source*) às empresas que ocupem posição dominante no mercado do software. Em nosso entender, o Tribunal de Justiça disse apenas que as empresas em posição dominante não podem usar os seus direitos de propriedade intelectual como escudos anti-concorrenciais de modo a impedirem a inovação e a eliminarem a concorrência em mercados vizinhos, uma vez que o exercício dos direitos de propriedade intelectual deve conformar-se com as regras da concorrência do direito primário da União Europeia. A decisão do Tribunal de Justiça reveste especial significado no dinâmico mercado do software no qual as empresas que actuam com base em software reservado concorrem com empresas baseadas em software livre e de fonte aberta (*open source*).

Segundo a decisão do Tribunal, o direito da concorrência não justificará uma transformação global do software proprietário em software livre, uma vez que aos concorrentes não é permitido replicar (clonar) o software da empresa dominante. Pelo contrário, os concorrentes têm apenas o direito de, mediante remuneração razoável, obter acesso à e utilizar a informação necessária à interoperabilidade e que é indispensável para melhorar o desempenho do seu próprio software em termos de funcionamento conjunto com o software da empresa em posição dominante. Nesta ordem de ideias, o direito à obra derivada é comprimido apenas na medida em que não impeça a inovação em software que de outro modo os concorrentes não seriam capazes de desenvolver, ficando por isso os consumidores privados de acesso a produtos inovados e a concorrência prejudicada.

De resto, a jurisprudência parece levar até ao fim o 'imperativo da interoperabilidade' que justifica a licitude da engenharia regressiva e da utilização das informações por esse meio obtidas, no sentido de que as empresas que não o consigam fazer pelos seus próprios meios poderão ter a garantia de que as instâncias comunitárias o tornarão possível ao menos quando em causa estejam empresas em posição dominante que, pela recusa de licenciamento, abusem dessa posição excluindo desse modo os concorrentes do mercado.

§ 8. Comércio electrónico de software e bases de dados e protecção do consumidor

Com o desenvolvimento do comércio electrónico, é cada vez mais frequente a obtenção de licenças de software e/ou de bases de dados pela Internet. Com efeito, as empresas de software disponibilizam os produtos em linha e os utilizadores procedem à sua encomenda pela via electrónica. Além disso, tanto o pagamento como a entrega dos bens podem efectuar-se

[29] JO 2009/C 45/02, 24.02.2009.

igualmente pela via electrónica (comércio electrónico directo), sem prejuízo das tradicionais vendas à distância por catálogo com entrega dos bens em suporte tangível (CD, DVD) por via postal ou afim (comércio electrónico indirecto).

Tendo em conta as especificidades da negociação à distância e particularmente da via electrónica, a lei confere protecção especial ao consumidor em ordem a promover a sua confiança na economia digital. Assim, para além dos direitos mínimos atribuídos por lei autoral ao utente legítimo (consumidor ou profissional) de software e/ou de bases, são estabelecidos diversos limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio electrónico por razões de protecção do consumidor.[30] Vejamos alguns exemplos.

Por um lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime (DL 143/2001[31]). Desde logo, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, em termos que parecem colocar o fornecedor na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias (art. 6.º). Note-se, porém, que o diploma dos contratos à distância dispõe que, salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer este direito em certos contratos, designadamente de 'fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade', bem como de 'fornecimento de jornais e revistas' (art. 7º/d-e). A aplicação deste preceito a software e bases de dados comercializados em suportes materiais não suscita especiais dificuldades. O mesmo já não sucede, todavia, quanto ao fornecimento com entrega em linha de ficheiros electrónicos (download) no que respeita à retirada pelo consumidor do selo de garantia de inviolabilidade dos bens em causa. Será esta exigência aplicável no ambiente em linha? A resposta deve ser positiva, na medida em que uma vez instalado o software ou obtido acesso à base de dados mediante aceitação dos termos da licença (*click-wrap*) o consumidor possa conservar tais bens na sua esfera de disponibilidade.

Por outro lado, em transposição da Directiva 2000/31[32], o diploma sobre comércio electrónico (DL 7/2004) consagra diversas normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor, tais como, a proibição da publicidade oculta (art. 21.º), o princípio da exigência de autorização do consumidor relativamente ao envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo (art. 22.º), a imposição de deveres aos fornecedor tais como colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correcção de erros (art. 27.º), de lhe prestar um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de recepção (art. 28.º) e de acusar imediatamente recepção da encomenda, salvo se proceder à imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 1 e 2). Além disso, o diploma interno acrescenta a proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4) e ainda a disposição nos termos da qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5).

---

[30] *Vide* AA.VV., *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, MJ/GPLP, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; Ascensão, José de Oliveira, 'Contratação electrónica', *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, p. 60; Correia, Miguel Pupo, 'Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?', *Estudos de Direito do Consumidor*, 4, Coimbra, 2002, p. 165; Pereira, Alexandre L. Dias, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999; Id. 'A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico', *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000), p. 43; Id. 'Comércio electrónico e consumidor', *Estudos de Direito do Consumidor*, 6 (2004), p. 341; Pereira, Joel T. Ramos, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004.

[31] Decreto-Lei n.º 143/2001, que transpõe a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de Maio.

[32] Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

Quanto ao valor jurídico da exigência legal de confirmação, entendemos que não implica derrogação ao princípio da consensualidade. Tratar-se-á, antes, de condição legal (*conditio iuris*) suspensiva de perfeição do contrato. Encontrando-se o fornecedor em situação de proposta, o contrato é concluído ao "primeiro clique" do consumidor, embora a sua eficácia fique condicionada à confirmação da encomenda. À semelhança da lei francesa, o esquema adoptado ("duplo clique") aplica-se apenas aos contratos "com formulário" com consumidores, visto que só vale nos contratos que não tenham sido celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º) e se o dever de acusar recepção da encomenda for imperativo, i.e. no B2C (art. 29.º, 1, *in fine*). Além disso, mesmo em relação aos contratos de consumo em massa ou "com formulário", a exigência de confirmação não se aplica quando é dispensado o aviso de recepção da encomenda, ou seja, nos casos em que há imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 2), tal como sucede no comércio electrónico directo (por ex., oferta, encomenda, pagamento e entrega mediante download ou acesso em linha a base de dados). Em suma, o esquema do "duplo clique", para além de não se aplicar na negociação exclusivamente por meios de comunicação individual (e.g. correio electrónico), não é imperativo no B2B nem é obrigatório no domínio do comércio electrónico (B2B ou B2C) directo (e.g. compra e venda pela Internet de software).

Apesar do limitado âmbito de aplicação e da sua natureza de condição legal suspensiva, é problemático que a exigência de confirmação ("duplo clique") respeite o comando comunitário dirigido aos Estados-Membros no sentido de estes assegurarem "que o regime aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos" (Directiva 2000/31, art. 9.º, 1). O mesmo vale para a proibição de cláusulas gerais que imponham o recurso à via electrónica, que de resto é incompreensível no domínio do comércio electrónico directo pela internet, que reveste especial incidência no campo do software e das bases de dados.

A protecção do consumidor releva também em sede de tribunal competente e de lei aplicável[33], derrogando em certas circunstâncias o princípio da liberdade contratual no sentido da competência imperativa do foro do consumidor (Regulamento 44/2001[34], art. 16.º) e da inderrogabilidade das normas imperativas de protecção do consumidor segundo a lei do seu domicílio (Regulamento 593/2008[35], art. 6). Quanto a saber o que se entende por actividade dirigida, designadamente se abrange a mera acessibilidade de páginas Web, deverá atender-se ao considerando (2) do Regulamento 593/2008 nos termos do qual 'A coerência com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 exige, por um lado, que se faça referência à noção de «actividade dirigida» como condição para a aplicação da regra de protecção do consumidor e, por outro lado, que esta noção seja objecto de uma interpretação harmonizada no Regulamento (CE) n.º 44/2001 e no presente regulamento, tendo presente que uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 afirma que, para que a alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º seja aplicável, «não basta que uma empresa dirija as suas actividades para o Estado-Membro onde o consumidor está domiciliado, ou para vários Estados incluindo esse Estado-Membro. É preciso também que tenha sido celebrado um contrato no âmbito dessas actividades». A referida declaração indica igualmente que «o

---

[33] *Vide* Oliveira, Elsa Dias, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002; Pereira, Alexandre L. Dias, 'Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo', *Estudos de Direito do Consumidor*, 3 (2001), p. 281; Pinheiro, Luís de Lima, 'Direito aplicável aos contratos com consumidores', *Revista da Ordem dos Advogados* 66 (2001), p. 162; Id. 'Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet', *Direito da Sociedade da Informação*, IV, p. 171; Vicente, Dário Moura, 'Comércio electrónico e competência internacional', *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 903.

[34] Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I).

[35] Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes».'

Por outro lado, em sede de competência judiciária, será de afirmar a possibilidade de controlo de pactos atributivos de jurisdição enquanto cláusulas abusivas, no sentido de o tribunal poder fundar a sua competência nas normas imperativas de protecção do consumidor, mesmo contra um pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência que o prive desses direitos, ao menos quando, socorrendo-nos do critério previsto no DL 446/85[36], o contrato 'apresente uma conexão estreita com o território português' (art. 23.º, 1). A semelhante resultado chegou o TJUE no caso *Oceano*, em que estava em causa a interpretação da directiva sobre cláusulas abusivas. O Tribunal de Justiça decidiu que o tribunal pode apreciar, *ex officio*, a nulidade das cláusulas, mesmo de cláusulas de jurisdição que não lhe reconheçam competência[37].

---

[36] Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho

[37] C-240/98 e C-244/98, 27.6/2000 (*Océano Grupo Editorial v. Salvat Editores),* Col. 2000, I-4941.