



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COMÉRCIO ELETRÓNICO (ESTUDOS)

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Apresentação

Reúnem-se aqui diversos estudos sobre comércio eletrónico escritos na última década e meia e, na sua maioria, publicados ao longo dos anos nos *Estudos de Direito do Consumidor* editados pelo Centro de Direito do Consumo. Elaborados inicialmente para apoiar aulas em cursos de pós-graduação e outros eventos científicos, como seminários e workshops, são agora incluídos, com meras adaptações formais (mormente a atualização ortográfica), nesta coletânea de estudos com fins pedagógicos.

Coimbra, 11 maio de 2017

PRINCÍPIOS DO COMÉRCIO ELETRÓNICO

(Breve apontamento ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)*

Introdução

A Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, foi transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de maio, quase dois anos depois de terminado o prazo de transposição dado pela diretiva (17 de janeiro de 2002 - art. 22, 1).¹

Em termos de *técnica legislativa*, optou o legislador por transpor a diretiva comunitária mediante a técnica do legislar avulso adotando um instrumento legislativo especial, ao invés de introduzir alterações na legislação vigente, em especial nos Códigos. Esta é, de resto, uma técnica já com tradições firmadas na legislação portuguesa sobre matérias informáticas, ainda que a nosso ver não represente a melhor solução possível. Porém, nada obsta a que o legislador decida interromper o processo de descodificação, modernizando *inter alia* o Código Civil com as novidades de regime trazidas nomeadamente pelo comércio eletrónico.

Quanto às suas *linhas orientadoras*, o diploma nacional pretende, fundamentalmente, regular os aspetos do comércio eletrónico abrangidos pela diretiva², a qual não se dirige a todo o comércio eletrónico além de pressupor o acervo comunitário em vigor (para o qual remete)³. Note-se também que não é exato o termo “comércio”, no sentido de um direito comercial eletrónico⁴; trata-se antes sobretudo de aspetos jurídicos do tráfego eletrónico, que pode ser realizado por não comerciantes⁵ e que não é, nem por lei nem

* *Miscelâneas* (Almedina, 2004: 75-112).

¹ De resto, o próprio período de duração da autorização legislativa foi excedido (art. 6.º da Lei n.º 7/2003, de 9 de maio), comprometendo a constitucionalidade do diploma. Este atraso é tanto mais difícil de justificar, em vista das diversas iniciativas nacionais para o comércio eletrónico e a sociedade da informação desde 1997, acompanhadas de farta produção literária em matéria de documentos orientadores - como iniciativas governamentais e respetivos documentos, ver, por ex., a *Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de setembro, e o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99); e a *Iniciativa Internet - Portugal Digital* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000)...

² Apesar de se cingir fundamentalmente ao conteúdo normativo da diretiva, o diploma interno acrescentou lateralmente “alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa”.

³ É o que sucede, nomeadamente, com a diretiva sobre os contratos à distância, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, e com a diretiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros “em trabalhos de transposição”.

⁴ Para uma noção indicativa do comércio eletrónico e suas modalidades, *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final.

⁵ Por exemplo, sujeitos que exercem profissões regulamentadas, nomeadamente médicos, advogados, arquitetos, etc. Por essa razão e tendo em conta que as atividades exercidas por estes grupos profissionais são especialmente atingidas pela Diretiva comunitária, também outras entidades deveriam ter sido ouvidas, nomeadamente a Ordem dos Médicos e a Ordem Advogados. Como se pode ler no preâmbulo, foram ouvidas diversas entidades no âmbito do processo legislativo, a saber: a Comissão Nacional de Proteção de Dados, o ICP - Autoridade Nacional de Comunicações, o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, o Instituto de Seguros de Portugal, a Unidade de Missão Inovação e Conhecimento, o

por natureza, uma atividade comercial¹. Daí que certas matérias como a contratação eletrónica devem ser reguladas como matérias “de direito comum e não apenas comercial”. Para além desta dificuldade de ordem sistemática, a transposição procurou enquadrar as chamadas “categorias neutras” da diretiva nos moldes conceptuais tradicionais da nossa ordem jurídica.

Assim, nos termos do art. 1.º, o diploma interno transpõe a diretiva sobre comércio eletrónico e o artigo 13 da diretiva sobre a privacidade nas comunicações eletrónicas.² O art. 2.º exclui do âmbito do diploma sobre comércio eletrónico a matéria fiscal, a disciplina da concorrência, o regime do tratamento de dados pessoais e da proteção da privacidade³, o patrocínio judiciário, os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro, e a atividade notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos, ressalvando ainda as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional na observância do direito comunitário para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

Procuraremos compreender de que modo estão consagrados na lei portuguesa os princípios do comércio eletrónico que em nosso entender constituem as “traves-mestras” do regime legal do comércio eletrónico, quais sejam: o princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de atividades económicas na Internet, articulado com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio eletrónico (1); o princípio da transparência (2); o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos, e a proteção do consumidor no *teleshopping* eletrónico (3), o princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da proteção da propriedade intelectual (4), e o princípio da ‘informalização’ dos meios (alternativos) de resolução de litígios (5).

Instituto do Consumidor, a Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores, a Associação Fonográfica Portuguesa e a Sociedade Portuguesa de Autores.

¹ O facto de o comércio eletrónico assentar nos chamados serviços da sociedade da informação, entendidos no acervo comunitário como qualquer serviço prestado à distância por via eletrónica, no âmbito de uma atividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário (com exclusão, portanto, da radiodifusão sonora ou televisiva), tal não significa que estes serviços revistam natureza comercial, por qualificação direta (que não resulta), por analogia *legis* ou por analogia *iuris*. Nada obsta, com efeito, a que serviços tradicionalmente não qualificados como comerciais, nomeadamente no âmbito das profissões regulamentadas, integrem a noção de serviços da sociedade da informação e constituam, nessa medida, comércio eletrónico sem serem uma atividade juridicamente comercial. Estas considerações não pretendem negar, contudo, a natureza comercial de muitas das atividades que dão corpo ao comércio eletrónico, sendo novas algumas delas, de resto: pense-se, por exemplo, na atividade dos prestadores de serviços da Internet que operam servidores que permitem o acesso à rede, a transmissão de mensagens, o armazenamento temporário, o alojamento de páginas, o correio eletrónico (gratuito ou não), os «chats», serviços de informação e motores de busca e a publicidade. Claro que, com exceção da publicidade legalmente qualificada como atividade comercial, a atividade dos prestadores de serviços que não é legalmente regulamentada pode ser também exercida, por exemplo, por uma Universidade (por ex., o CIUC) ou por uma associação sem fim lucrativos. De todo o modo, poder-se-á sustentar a comercialidade jurídica desta atividade por analogia *iuris* com um princípio geral da comercialidade do setor terciário.

² Diretiva 2002/58CE de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade nas comunicações eletrónicas).

³ Não obstante a transposição do art. 13.º da diretiva sobre privacidade nas comunicações eletrónicas...

1. O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de atividades económicas na Internet e o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio eletrónico

O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de atividades económicas na Internet aplica-se, de pleno, às empresas da Internet em sentido estrito, isto é, as empresas que prestam serviços de acesso, alojamento de páginas, informação, motores de pesquisa e correio eletrónico, bem como às empresas de certificação de assinaturas eletrónicas. Além disso, este princípio vale para todas as atividades comerciais e profissionais, na medida em que não se exija uma autorização prévia para o exercício da respectiva atividade, tal como sucede no que respeita à prestação de serviços financeiros, à realização de leilões, às atividades de jogo, aos serviços de radiodifusão (*webcasting*) e, ainda, às profissões regulamentadas (por ex., advocacia).

Este princípio articula-se com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio eletrónico, projetando-se na regra do controlo *a priori* do Estado-Membro de estabelecimento do prestador de serviços, bem como na liberdade de prestação intracomunitária de serviços, sendo que as derrogações a esta liberdade são condicionadas ao respeito pelo direito comunitário.

Ora, o diploma português, na linha da diretiva, prossegue a realização do mercado interno ao nível do comércio eletrónico, subordinando os prestadores de serviços ao princípio do controlo do país de estabelecimento («home country control»). Com limitações, todavia, e tendo presente a jurisprudência do TJCE segundo a qual a escolha do local de estabelecimento não impede o Estado-membro de acolhimento de tomar as medidas contra o prestador de serviços se aquela escolha foi feita no intuito de iludir ou contornar a legislação desse Estado.

1.1. Para começar, a atividade de prestação de serviços da sociedade da informação¹ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, nos termos do qual a atividade de prestador de serviços da sociedade da informação não depende de autorização prévia (art.

¹ Que define como qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de atividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4).

O preâmbulo da diretiva (cons. 18) recorta negativamente a noção de serviços da sociedade da informação no sentido de excluir diversas atividades, como sejam: os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Diretiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados (1); atividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha (2); a radiodifusão televisiva, na aceção da Diretiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, dado não serem prestados mediante pedido individual (3); a utilização do correio eletrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas (4); a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal (5); e, de um modo geral, as atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios eletrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente (6).

3.º, 3).¹ Todavia, os chamados prestadores intermediários de serviços em rede² que pretendam exercer estavelmente a atividade em Portugal ficam sujeitos a um dever de inscrição prévia junto da entidade de supervisão central.

Depois, os prestadores de serviços estabelecidos em Portugal³ ficam sujeitos ao princípio do controlo do país de origem, nos termos do qual os prestadores ficam integralmente sujeitos à lei portuguesa relativa à atividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços da sociedade da informação prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1).⁴ O princípio do país de origem, no sentido da sujeição à lei do lugar do estabelecimento, aplica-se também aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal, mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia, exclusivamente no que respeita a atividades em linha, relativamente aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade, e ao exercício no que respeita, designadamente à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos (art. 5.º, 1). Assim, em princípio, os serviços prestados em Portugal por operadores estabelecidos noutros Estados-membros da União Europeia não estão sujeitos a requisitos adicionais em Portugal, sendo portanto livre a sua prestação.⁵

1.2. Todavia, o princípio do controlo no país de estabelecimento sofre diversas exceções, não se aplicando a um conjunto significativo de situações (art. 6), a saber: a propriedade intelectual, incluindo a proteção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores (1)⁶, a emissão de moeda eletrónica, por efeito de derrogação prevista no n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva n.º [2000/46/CE](#) (2), a publicidade realizada por

¹ Certas exigências legais, nomeadamente em matéria de proteção dos consumidores, que podem colocar obstáculos à liberdade de prestação destes serviços são ressalvadas, uma vez que o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de proteção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5). Todavia, em face do teor literal da norma, parece que só as disposições restritivas que forem compatíveis com o disposto no diploma é que poderão ser aplicadas. Assim, o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio eletrónico em detrimento da proteção dos consumidores. Não obstante, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da diretiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em protecionismo económico contrário à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de proteção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo.

² Isto é, os prestadores de serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço (art. 4.º, 5).

³ Para o efeito, à semelhança do previsto na diretiva, considera-se estabelecido em Portugal um prestador de serviços que exerça uma atividade económica no país mediante um estabelecimento efetivo, seja qual for a localização da sua sede, não configurando a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, um estabelecimento efetivo; se o prestador tiver estabelecimentos em vários locais considera-se estabelecido no local em que tenha o centro das suas atividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação (art. 4.º, 2 e 3).

⁴ Trata-se do sistema do passaporte comunitário com reconhecimento mútuo de padrões normativos.

⁵ Os serviços de origem extracomunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, bem como ao diploma do comércio eletrónico em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intracomunitárias (art. 5.º, 3). Esta disposição é suscetível de gerar dúvidas de interpretação, desde logo no que respeita ao princípio da liberdade de exercício de atividades de comércio eletrónico. Será este princípio justificado pela especificidade das relações intracomunitárias?

⁶ Esta exceção ao princípio do controlo no país de origem pode entender-se como uma expressão de um princípio de reforço da proteção da propriedade intelectual no ambiente de risco do comércio eletrónico.

um organismo de investimento coletivo em valores mobiliários, nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da Diretiva n.º 85/611/CEE (3), a atividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, alcance e condições da autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou em situação irregular (4), a matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada (5), os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes (6), a validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre imóveis (7), e a permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio eletrónico (8). Isto significa que relativamente a todas estas matérias o Estado-membro no qual o serviço é prestado pode impor os requisitos da sua legislação interna à prestação desse serviço. Vigora, portanto, quanto a estas matérias, o princípio do controlo pelo país de destinação/receção do serviço.

A este primeiro círculo de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação junta-se um outro grupo de providências restritivas¹, autorizado pela diretiva comunitária. Com efeito, nos termos do art. 7.º, os tribunais e outras entidades competentes, nomeadamente as entidades de supervisão, podem restringir a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado membro da União Europeia se lesar ou ameaçar gravemente: a dignidade humana ou a ordem pública, incluindo a proteção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social (1), a saúde pública (2)², a segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais (3), e os consumidores, incluindo os investidores (4). A adoção destas medidas restritivas deve cumprir certos deveres de notificação³ e só é admitida em *ultima ratio*, uma vez que⁴ devem ser precedidas da solicitação ao Estado membro de origem do prestador do serviço para pôr cobro à situação e, caso este o não tenha feito ou as providências que tome se revelem inadequadas, da notificação à Comissão e ao Estado membro de origem da intenção de tomar providências restritivas (art. 7.º, 2).⁵ Em todo o

¹ Ou de intervenção do controlo no país de destinação.

² Pense-se, nomeadamente, no regime de produção e comercialização de medicamentos, cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos.

³ Com efeito, é devida comunicação à entidade de supervisão central (art. 9.º) por parte das entidades competentes que desejem promover a solicitação ao Estado membro de origem que ponha cobro a uma situação violadora, a fim de ser notificada ao Estado membro de origem, bem como pelas entidades competentes que tenham a intenção de tomar providências restritivas, ou as tomem efetivamente, que o devem fazer imediatamente, a fim de serem logo notificadas à Comissão e aos Estados membros de origem; em caso de providências restritivas de urgência devem ser também indicadas as razões da urgência na sua adoção.

⁴ Sem prejuízo da realização de diligências judiciais, incluindo a instrução e demais atos praticados no âmbito de uma investigação criminal ou de um ilícito de mera ordenação social (art. 7.º, 4).

⁵ O artigo 8.º dispõe que, em caso de urgência, as entidades competentes podem tomar providências restritivas não precedidas das notificações à Comissão e aos outros Estados membros de origem previstas no artigo anterior. Assim, literalmente, parece que a atuação de urgência não prescinde todavia da solicitação ao Estado-membro de origem para pôr cobro à situação. Todavia, parece-nos que a urgência da situação poderia justificar a dispensa dessa solicitação. A diretiva, aliás, permite-o, dispondo que os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derrogar as condições previstas na alínea b) do n.º 4. Nesse caso, as medidas devem ser notificadas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.” (art. 3, 5).

caso, as providências tomadas devem ser proporcionais aos objetivos a tutelar (art. 7.º, 4). Com efeito, poder-se-á tratar de uma restrição injustificada à liberdade de prestação de serviços, competindo à Comissão, nos termos do art. 3.º, 6, analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário e, se concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão solicitará ao Estado-membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.¹

2. O princípio da transparência

O princípio da transparência traduz-se em exigências de informação e em restrições à publicidade. Por um lado, este princípio significa que quem fizer comércio eletrónico em Portugal terá que fornecer um conjunto de informações em língua portuguesa sobre a sua empresa e os seus produtos e/ou serviços na respetiva página (ou loja virtual), nomeadamente no que respeita aos preços. Por outro lado, o princípio da transparência implica que a publicidade na Internet, seja nas páginas web, seja por correio eletrónico, esteja sujeita ao Código da Publicidade (por ex., não pode ser nem subliminar nem enganosa) e terá que respeitar as regras de proteção da privacidade («*spamming*»), ficando o anunciante por e-marketing direto contratualmente vinculado ao conteúdo das suas mensagens publicitárias. Além disso, a publicidade das profissões regulamentadas é permitida segundo os termos a definir pelas respetivas ordens profissionais e, em princípio, as leis da publicidade aplicam-se à publicidade radiodifundida pela Internet (*webcasting*).

2.1. Nos termos do diploma interno, um dos requisitos impostos aos prestadores dos serviços da sociedade de informação para o exercício das suas atividades é a disponibilização permanente de informações (art. 10), de modo a que se possa saber quem é quem no comércio eletrónico. As informações a disponibilizar variam consoante os prestadores de serviços estejam ou não sujeitos a autorização prévia. Relativamente a estes últimos, os prestadores de serviços são obrigados a disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e direto, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (1), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrónico, em termos de permitir uma comunicação direta (2), inscrições do prestador em registos públicos e respetivos números de registo (3), e o número de identificação fiscal (4); além disso, se os serviços prestados implicarem custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem ser objeto de informação clara anterior à utilização dos serviços (5).

Quanto aos prestadores sujeitos a autorização prévia, a estas informações acresce a informação relativa à entidade que a concedeu ou, tratando-se de prestador que exerce uma profissão regulamentada, o título profissional e o Estado membro em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão.

¹ A Decisão da Comissão poderá ser objeto de contencioso comunitário.

2.2. Por outro lado, a diretiva regula as chamadas comunicações comerciais, a que o legislador nacional chama «comunicações publicitárias em rede», designação que lhe “parece preferível” porquanto “é sempre e só a publicidade que está em causa”.¹ Neste contexto, a regulação do legislador nacional não se esgota na tradução da diretiva sobre comércio eletrónico, uma vez que, na problemática das comunicações não solicitadas, transpõe parcialmente a diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas, a saber: o artigo 13.º sobre as comunicações não solicitadas, que determina que as comunicações para fins de marketing direto apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio.

Mais em pormenor, as comunicações publicitárias em rede e marketing direto são reguladas no capítulo IV. Começa, no art. 20.º, por delimitar o âmbito de aplicação. Embora não forneça um conteúdo positivo de comunicação publicitária em rede, dispõe que ela pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada.² Além disso, à semelhança da diretiva, exclui da noção de comunicação publicitária em rede as mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação (a), e as mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições (b).

As comunicações publicitárias ficam sujeitas a certos requisitos. Desde logo em matéria de *identificação e informação*, dispendo o art. 21.º que nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum: a) a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva; b) o anunciante; c) as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos. Esta disposição pouco acrescenta em relação ao princípio da identificabilidade já consagrado no Código da Publicidade. Melhor teria sido que tivesse previsto modos de cumprimento da obrigação de identificabilidade da publicidade, nomeadamente através de *banners* e outros meios análogos adequados ao ambiente interativo do comércio eletrónico (por ex., em matéria de exploração publicitária de *browsers* e *meta-tags*, e na técnica *pop-up*).

Por outro lado, quanto às comunicações não solicitadas, dispõe o art. 22.º que o envio de mensagens para fins de marketing direto, cuja receção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio eletrónico, carece de consentimento prévio do destinatário.³ Este princípio da necessidade de autorização prévia do destinatário não se

¹ Melhor seria que se tivesse bastado com o termo “publicidade” consagrado no direito português no sentido de abranger as comunicações promocionais cuja natureza comercial é definida por lei. Além disso, ao legislador cumpre fazer leis, não editar pareceres com valor normativo.

² Esta noção parece abranger o patrocínio publicitário (*sponsorship*).

³ Este era, de resto, o regime que a nosso ver resultava da aplicação da lei sobre a privacidade nas telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de outubro, que transpõe a Diretiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997) ao correio eletrónico, e antes já consagrado

aplica, todavia, às mensagens enviadas a pessoas coletivas, ficando, no entanto, aberto aos destinatários o recurso ao sistema de opção negativa.¹ Além disso, o fornecedor de um produto ou serviço, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, pode enviar publicidade não solicitada aos clientes com quem celebrou anteriormente transações, se ao cliente tiver sido explicitamente oferecida a possibilidade de o recusar por ocasião da transação realizada e se não implicar para o destinatário dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações.

Porém, nas situações em que a lei permite o envio de publicidade não solicitada sem autorização prévia do destinatário, este deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro. Para o efeito, é proibido o envio de correio eletrónico para fins de marketing direto, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, devendo cada comunicação não solicitada indicar um endereço e um meio técnico eletrónico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações.

2.3. Um aspeto inovador respeita à publicidade das profissões regulamentadas, como a medicina, a advocacia, a arquitetura, os ROC, etc. Dispõe o art. 23.º, 1, que as comunicações publicitárias à distância por via eletrónica em profissões regulamentadas são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão, nomeadamente as relativas à independência e honra e ao sigilo profissionais, bem como à lealdade para com o público e dos membros da profissão entre si. Não obstante esta abertura à publicidade das profissões regulamentadas imposta pela diretiva, resta saber em que termos as ordens profissionais darão expressão a esta liberdade num domínio tradicionalmente muito restritivo, e se é que afinal a publicidade que permitirão não corresponderá a simples informação excluída da noção de comunicação publicitária.

3. O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos e a proteção do consumidor no *teleshopping* eletrónico

O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos significa reconhecer a declaração eletrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e que os contratos eletrónicos satisfazem a exigência legal de forma escrita, salvo nos casos permitidos pela diretiva comunitária (por ex., contratos reais imobiliários *quod effectum* e negócios pessoais, como o casamento). Por outro lado, o documento com assinatura eletrónica certificada por empresa acreditada pelo ITIJ tem força probatória plena, dependendo a certificação acreditada da verificação de um conjunto de requisitos humanos, técnicos e financeiros (v.g., seguro obrigatório de responsabilidade civil). Ainda em matéria contratual, rege, em princípio, a teoria da receção em matéria do

expressamente para a publicidade por telefone e telecópia pela Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro (art. 5.º), não obstante esta lei excluir o correio eletrónico do seu âmbito de aplicação (art. 1.º, 2).

¹ Neste sentido, as entidades que promovam o envio de comunicações publicitárias não solicitadas cuja receção seja independente da intervenção do destinatário têm o dever de manter, por si ou por organismos que as representem, uma lista atualizada de pessoas que manifestaram o desejo de não receber aquele tipo de comunicações, sendo proibido o envio de comunicações publicitárias por via eletrónica a essas pessoas.

momento da celebração dos contratos. Além disso, parece-nos que os contratos reais *quoad constitutionem* poderão ter lugar através do comércio eletrónico direto (por ex., depósito de software) apesar da orientação comunitária remeter estas entregas para a categoria genérica dos serviços.

3.1. Em matéria de contratação eletrónica, a diretiva consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos, de modo a não levantar obstáculos legais ao recurso a esta forma de contratação. Admitindo exceções, todavia. O legislador nacional teve em atenção a “delicadeza” desta matéria e teve o cuidado de esclarecer que o regime consagrado é de aplicação geral a todos os tipos de contratos, independentemente da sua qualificação civil ou comercial.

Assim, sujeitam-se os contratos ao princípio da liberdade de recurso à via eletrónica para a celebração de contratos, no sentido de a exigência de forma escrita ser satisfeita por essa via. Isto não constitui, todavia, um desvio ao princípio geral da liberdade de forma das declarações negociais (art. 219.º do Código Civil). Trata-se antes de esclarecer, quando a lei exige forma escrita para a validade do negócio, que essa forma é satisfeita, salvo nos casos excecionados, através dos documentos eletrónicos. Nesse sentido, retomou algo que já constava do art. 3.º, 1, do diploma das assinaturas eletrónicas.¹, mas, aparentemente, ao invés de remeter para o regime deste diploma, retomou a fórmula “ampla e independente de considerações técnicas” constante do artigo 4.º do Código dos Valores Mobiliários: as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem as exigências legais de forma escrita quando oferecem as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

3.2. Mais em pormenor, a chamada contratação eletrónica vem regulada no capítulo V. Define-se o âmbito de aplicação das disposições sobre contratação eletrónica no art. 24.º, no sentido de abranger todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.² As regras da contratação eletrónica tratam de vários aspetos, nomeadamente a validade da celebração de negócios jurídicos por forma eletrónica, os dispositivos de identificação e correção de erros, as informações prévias a prestar à outra parte, o valor da ordem de encomenda e do aviso de receção, e ainda os chamados agentes eletrónicos (contratação automatizada sem intervenção humana).

Para começar, o art. 25.º consagra o *princípio da liberdade de celebração de contratos por via eletrónica*, no sentido de impedir que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio. Todavia, ficam excluídos deste princípio os negócios jurídicos: familiares (por ex., casamento) e sucessórios (por ex., testamento); os negócios que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que

¹ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril (transpõe a Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas).

² A referência legal aos contratos não parece dever ser entendida como excluindo do âmbito de aplicação das regras da contratação eletrónica os negócios jurídicos unilaterais, como sejam a promessa pública (art. 459.º do Código Civil).

exercem poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais¹; reais imobiliários (por ex., compra e venda ou hipoteca de imóvel), com exceção do arrendamento²; de caução e de garantia, quando não se integrarem na atividade profissional de quem as presta.

O princípio da liberdade de celebração de negócios por via eletrónica significa também que só tem de aceitar a via eletrónica para a celebração de um contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma (nº 3). De resto, em ordem a proteger os consumidores são proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores (nº 4).

Por outro lado, consagra-se, em matéria de forma, o princípio da equiparação do documento eletrónico ao documento escrito, dispondo o art. 26.º, que as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação, e que o documento eletrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura eletrónica e certificação.

3.3. Um outro aspeto do regime jurídico da contratação eletrónica respeita aos dispositivos de identificação e correção de erros. O art. 27.º prescreve uma regra imperativa para as relações com consumidores nos termos da qual o prestador de serviços em rede que celebre contratos por via eletrónica deve disponibilizar aos destinatários dos serviços meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda.

Em matéria de informações prévias prescreve o art. 28.º uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual o prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua³: o processo de celebração do

¹ Significa isto que a promessa obrigacional de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios eletrónicos quando seja exigida a intervenção do notário tal como previsto no art. 410.º, 3, do Código Civil? Sendo a autenticação notarial mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, então as exigências de valor probatório do documento poderiam ser satisfeitas através da aposição de assinatura eletrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas eletrónicas. Com efeito, em ambos os casos gozaria o documento de força probatória plena. Todavia, o diploma interno fez lei do preâmbulo da diretiva sobre comércio eletrónico, excluindo do princípio da liberdade de celebração por meios eletrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, certamente em atenção à importância do papel do notário no nosso direito e por razões de proteção da parte mais fraca. Todavia, na medida em que essa intervenção não seja requerida, não há obstáculos legais à celebração por meios eletrónicos de contratos-promessa obrigacionais de compra e venda de imóveis.

² Ao excecionar o arrendamento, não nos parece que o legislador tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento, à semelhança da diretiva. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação., mas sempre se poderá dizer que o arrendamento não é tratado como os demais negócios reais imobiliários, justamente por não ser contrato real *quoad effectum*, isto é, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais.

³ A esta informação mínima acresce a informação prévia devida ao consumidor nos termos, nomeadamente, do art. 4.º da lei dos contratos à distância - Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os

contrato (1); o arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário (2); a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado (3); os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda (4); os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar (5); e os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar eletronicamente (6).

3.4. Ainda em matéria de contratação, o legislador nacional versou sobre uma questão discutida que não é resolvida na diretiva. Trata-se do problema do momento da conclusão do contrato, em especial saber se o aviso de receção da encomenda pode ser considerado como aceitação ou não. O diploma interno optou pela resposta negativa, apoiando-se no entendimento considerado maioritário segundo o qual “o aviso de receção destina-se a assegurar a efetividade da comunicação eletrónica, apenas, e não a exprimir uma posição negocial.” Contudo, dispõe que a ordem de encomenda só se torna definitiva “com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida” (art. 29.º, 5).

Isto significa a introdução de um regime especial, de natureza imperativa, no comércio eletrónico B2C, uma vez que, apesar de se repetir o critério geral segundo o qual a oferta de produtos ou serviços em linha representa proposta contratual ou convite a contratar, consoante contiver ou não todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação, parece que a aceitação só se dá à segunda vez, aquando da confirmação, e não logo no momento da aceitação inicial por parte do destinatário no caso de proposta contratual.

Com efeito, o art. 29.º, sobre a ordem de encomenda e o aviso de receção, dispõe uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrónica, o prestador de serviços deve acusar a receção¹ igualmente por meios eletrónicos², salvo se houver imediata prestação em linha do produto ou serviço. Com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção de modo a reiterar a ordem emitida, a encomenda torna-se definitiva («dupla consensualidade»). Por isso dispõe o art. 32.º, 2, que o mero aviso de receção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Todavia, se ao invés desse aviso houver imediata prestação em linha do produto ou serviço (por ex., compra e venda eletrónica de música ou jogo de computador), parece que o contrato estará concluído à primeira, a menos que se entenda que o contrato se concluirá com a prestação em linha do produto ou serviço, o que significaria a introdução de uma exceção ao princípio da consensualidade, no sentido de se exigir um modo para a perfeição do negócio traduzido na entrega da coisa encomendada. Todavia, não nos

contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços).

¹ Devendo o aviso de receção conter a “identificação fundamental” do contrato a que se refere. Resta saber o que se entende por informação fundamental, embora nos pareça que este conceito deverá ser normativamente preenchido por remissão nomeadamente para o regime dos contratos à distância.

² Ainda que mediante envio da comunicação para o endereço eletrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.

parece que assim seja, pelo que, salvo quando a natureza do negócio assim o exija (por ex., no caso do depósito), a imediata prestação em linha (isto é, no domínio do chamado comércio eletrónico direto) do produto ou serviço encomendado deve entender-se não como condição de conclusão do negócio, mas antes como cumprimento do mesmo, já anteriormente concluído à primeira com a aceitação da oferta contratual.¹

As regras sobre dispositivos de identificação e correção de erros, informações prévias e ordem de encomenda e aviso de receção, para além de a sua imperatividade ser limitada às relações com consumidores, não se aplicam aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 31.º).

3.5. Por outro lado, o art. 31.º estabelece critérios sobre a apresentação dos termos contratuais e cláusulas gerais, dispondo que os termos contratuais e as cláusulas gerais, bem como o aviso de receção, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los (1). O n. 2 consagra a teoria da receção consagrada no art. 224.º do Código Civil, dispondo que a ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles (ou seja, a nosso ver, quando a mensagem é recebida na memória do computador utilizado na negociação ou, consoante o caso, na caixa de correio eletrónico do destinatário – não apenas no servidor, portanto). Também o art. 32.º, 1, sobre proposta contratual e convite a contratar, repete a regra geral, dispondo que a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar. De resto, salvo critério especial, o regime geral é o do Código Civil, para o qual o diploma poderia ter remetido.

3.6. Inovadora no quadro jurídico português é a regulação da chamada contratação entre computadores, isto é, inteiramente automatizada, sem intervenção humana (através dos chamados agentes eletrónicos). Remete-se para as regras comuns na medida em que estas não pressuponham a atuação (humana) e são definidos os termos em que se aplicam em tais casos as disposições sobre erro.

Assim, o art. 33.º sobre contratação sem intervenção humana, dispõe que à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação. Mais acrescenta que são aplicáveis as disposições sobre erro na formação da vontade, se houver erro de programação (1); na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina (2); e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Além disso, a outra

¹ Com efeito, no que respeita ao B2C, parece o regime jurídico considerar a posição do prestador como de oferta negocial ou proposta contratual (cfr. art. 4.º, 1-h, do diploma dos contratos à distância), que não de mero convite a contratar. Além disso, poderá sustentar-se que o art. 29.º, 5, ao invés de estabelecer uma regra especial sobre o momento da celebração do contrato, limita-se a a sujeitar estes negócios a confirmação, conferindo ao consumidor um “direito de arrependimento” que lhe permite desfazer o negócio mediante não confirmação da encomenda. Porém, esse direito está previsto noutros lugares da legislação do consumidor, parecendo que se trata aqui realmente do problema do momento da conclusão do contrato.

parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução.

Finalmente, numa matéria também inovadora e procurando dar cumprimento à diretiva no que toca à solução de litígios por via eletrónica, dispõe o art. 34.º que é permitido o funcionamento em rede de formas de solução extrajudicial de litígios entre prestadores e destinatários de serviços da sociedade da informação, com observância das disposições concernentes à validade e eficácia dos documentos referidas no capítulo sobre a contratação eletrónica (cap. V).

3.7. A regulação do comércio eletrónico é fortemente marcada pelo princípio da proteção do consumidor no «tele-shopping» eletrónico, uma vez que da confiança do consumidor na comercialização eletrónica depende em larga medida o crescimento deste novo meio de atuação económica. Sendo consumidor quem atua para fins diferentes da sua atividade profissional e se da outra parte estiver um profissional no exercício da sua atividade (B2C vs. B2B), o consumidor tem direito a receber informações prévias sobre os bens e os contratos à distância, assumindo relevo contratual a informação fornecida. Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum e sem despesas* os contratos à distância no prazo geral de 14 dias, e não são permitidas cláusulas contratuais abusivas. Uma outra dimensão em que este princípio se projeta consiste no regime de tratamento mais favorável em matéria de jurisdição (tribunal competente e lei aplicável) bem como nas possibilidades de recurso a meios alternativos de resolução de conflitos.

Com efeito, a proteção do consumidor no *iter* negocial do comércio eletrónico justifica a imposição de vários limites à liberdade contratual, mediante normas imperativas de proteção. Estes limites estão previstos na lei do comércio eletrónico¹, que em alguns aspetos não se quedou pela transposição da diretiva. Desde logo, é proibida a publicidade oculta (art. 21.º).² De igual modo, o envio automático de mensagens eletrónicas para fins de marketing direto depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º). Depois, são inválidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25.º, 4).³ Além disso, o fornecedor tem que colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correção de erros (art. 27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de receção (art. 28.º), devendo acusar imediatamente a receção da encomenda no comércio eletrónico indireto (art. 29.º), salvo no que respeita aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação equivalente (art. 30.º). Também para proteger o consumidor o contrato só se celebra “à segunda”, mediante

¹ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

² O princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias é de resto um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com alterações posteriores).

³ Isto acresce à proibição das cláusulas contratuais abusivas prevista na lei das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de janeiro (que transpõe a Diretiva 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).

confirmação da ordem de encomenda dada na sequência do aviso de receção (art. 29.º, 5) do prestador, que parece dever estar em situação de oferta negocial.

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respetivo regime¹, que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio eletrónico, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da lei geral do consumidor.² Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias.

Um outro aspeto da proteção do consumidor traduz-se num regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que, verificados certos requisitos, o consumidor poderá intentar ações contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respetiva legislação. Esta solução decorre do regulamento comunitário sobre competência judiciária em ações cíveis e comerciais³, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.⁴ Este regime de jurisdição favorável não cede em princípio em face da regra do controlo no país de origem, a qual, para além de se dirigir sobretudo à supervisão administrativa, admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.

4. O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da propriedade intelectual na Internet

O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet consubstancia-se na «irresponsabilidade» dos prestadores de serviços de simples transporte, de armazenagem temporária e em servidor, de hiperligações e motores de pesquisa, bem como na ausência de uma obrigação geral de vigilância a seu cargo. Não obstante, no que respeita aos fornecedores de conteúdos, este princípio sofre importantes derrogações resultantes de restrições à prestação de conteúdos a menores, conteúdos para adultos e ilegais, nomeadamente por violação dos reforçados direitos de propriedade intelectual.

4.1. A diretiva prossegue também a regulação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no sentido de os desresponsabilizar - e de com isso promover a liberdade de navegação e de comunicação por via da redução dos custos de seguros, que se repercutiriam sobre os utilizadores - da ilicitude das mensagens que disponibilizam.

¹ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). No domínio dos serviços financeiros, veja-se a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

² Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho).

³ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁴ Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980).

Em vista da diretiva, o diploma interno (cap. III) não estabelece nenhum dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculte o acesso, e enuncia os deveres comuns a todos os chamados intermediários; depois, consagra o regime de responsabilidade específico das atividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor).

Sobre esta matéria, em dois aspetos deixados em aberto pela diretiva, o legislador nacional avançou com a assimilação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as híper-conexões) aos prestadores de serviços de armazenagem principal, e, certamente inspirado na solução da DMCA estadunidense, introduziu, por razões de celeridade, um esquema administrativo de resolução provisória de litígios - sem prejuízo da solução definitiva do litígio por via judicial - que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede que confiou à entidade de supervisão respetiva.

4.2. Assim, o diploma do comércio eletrónico submete o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede ao princípio da equiparação (art. 11.º), que consiste em sujeitar ao regime comum a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, incluindo nos casos de associação de conteúdos, ainda que com algumas especificações. O regime comum será, em matéria de responsabilidade civil, o regime previsto no Código Civil. Além disso, o diploma estabelece uma regra de ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços, no sentido de não sujeitar os prestadores intermediários de serviços em rede a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito (art. 12.º).¹

Isto não significa que os prestadores intermediários dos serviços fiquem isentos de responsabilidade. Pelo contrário, aos prestadores intermediários dos serviços são impostos certos deveres comuns, que se consubstanciam numa obrigação de colaboração com as entidades competentes (art. 13.º). Com efeito, cabe aos prestadores intermediários de serviços informar de imediato quando tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam (1), satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem (2), cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infração, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação (3), e fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido (4).

4.3. O regime de responsabilidade específico das atividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor) segue, quase *verbatim*, o texto da diretiva.

Quanto ao *simples transporte*, dispõe o art. 14.º que o prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a atividade de transmissão de informações em rede, ou de

¹ Pode questionar-se o acerto e o efeito útil desta disposição, uma vez que estabelece um genérico “não dever”, como se houvesse um dever fundador de *culpa in vigilando* ou, quiçá, responsabilidade objetiva.

facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários, é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas, ainda que o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta.

Quanto à *armazenagem temporária*, dispõe o art. 15.º que o prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço. Todavia, nos termos do n. 2 e 3, o prestador fica sujeito ao regime comum de responsabilidade se não proceder segundo as regras usuais do setor relativas à atualização da informação e ao uso da tecnologia (por ex., aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação), bem como se chegar ao seu conhecimento que a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso.

Relativamente à chamada *armazenagem principal*, prevê o art. 16.º que o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação. Todavia, há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação, além de que se aplicam as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço atuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado (*vide* Código Civil, art. 500.º).

Em dois aspetos deixados em aberto pela diretiva, o legislador nacional avançou com a assimilação dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos (como os instrumentos de busca e as hiper-conexões) aos prestadores de serviços de armazenagem principal, e, certamente inspirado na solução da DMCA estadunidense, introduziu, por razões de celeridade, um esquema administrativo de resolução provisória de litígios - sem prejuízo da solução definitiva do litígio por via judicial - que surjam quanto à licitude de conteúdos disponíveis em rede que confiou à entidade de supervisão respetiva.

Assim, quanto à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos dispõe o art. 17.º que os prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiper-conexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos estão sujeitos a regime de responsabilidade correspondente ao estabelecido no art. 16.º para a armazenagem principal. O art. 19.º acrescenta, todavia, na relação desta atividade com o direito à informação, que a associação de conteúdos não é considerada irregular unicamente por

haver conteúdos ilícitos no sítio de destino, ainda que o prestador tenha consciência do facto, entendendo-se que a remissão é lícita se for realizada com objetividade e distanciamento, representando o exercício do direito à informação, sendo, pelo contrário, ilícita se representar uma maneira de tomar como próprio o conteúdo ilícito para que se remete. A avaliação da licitude ou ilicitude da remissão faz-se perante as circunstâncias do caso, sendo fornecido um elenco ilustrativo de *topoi*, como sejam a confusão eventual dos conteúdos do sítio de origem com os de destino, o carácter automatizado ou intencional da remissão, e a área do sítio de destino para onde a remissão é efetuada. A ilicitude poderá consubstanciar, designadamente, um ato de concorrência desleal.

4.4. A liberdade eletrónica acaba onde começa o delito informático, em especial a criminalidade informática ou cibercrime. Sendo que a afirmação de um princípio de liberdade de comunicação e de navegação na Internet é acompanhada, de modo aparentemente paradoxal, pelo princípio do reforço da proteção da propriedade intelectual.¹

O reforço da proteção da propriedade intelectual no comércio eletrónico traduz-se na proibição geral de utilização de materiais protegidos pelos direitos de autor, incluindo não apenas textos, imagens, músicas, filmes, mas também programas de computador e estruturas originais de bases de dados, bem como na criação de novos direitos de propriedade intelectual, como sejam o direito especial do fabricante de bases de dados e as proteções jurídicas dos sistemas técnicos de proteção e gestão de direitos de autor e conexos,² ou a proteção jurídica simplesmente dos serviços de acesso condicional enquanto tais.³ Além disso, este princípio traduz-se em restrições à utilização de marcas (e outros sinais distintivos) como meta-dados, nomeadamente quanto se trate de utilizações publicitárias, além de que a proteção das marcas (e de outros sinais distintivos) “coloniza” gradualmente o regime dos nomes de domínio, que a contempla.

5. O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios (ADR)

O princípio da ‘informalização’ dos meios de resolução de litígios traduz-se num apelo significativo à arbitragem e na promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos

¹ E, também, da proteção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados).

² Veja-se a legislação produzida no domínio dos direitos de autor para adaptar este instituto aos desafios tecnológicos da informática e das redes eletrónicas: Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro); Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados); Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador - alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/97 de 27 de novembro).

³ Decreto-Lei n.º 287/2001 de 8 de novembro (estabelece o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade de informação, à respetiva proteção jurídica, bem como aos equipamentos de utilizador que lhe estão associados, e transpõe a Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica dos serviços de acesso condicional).

(ADR, que também poderíamos traduzir por “Administrative Dispute Resolution”...), incluindo a arbitragem por vias eletrónicas. Este processo de desjudicialização é acompanhado, ao mesmo tempo, pela emergência de autoridades administrativas, ditas mais expeditas e capazes de lidar com as novas realidades. Por outras palavras, o júiz é tendencialmente substituído pelo árbitro e, talvez, sobretudo, pelo agente da autoridade administrativa.

Ora, justamente quanto ao funcionamento de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, inclusive através dos meios eletrónicos adequados, contemplados na diretiva, o legislador nacional permite o recurso a meios de solução extrajudicial de litígios, incluindo por via eletrónica, para os conflitos surgidos neste domínio.

5.1. Uma primeira modalidade destes mecanismos é o esquema de *solução provisória de litígios* previsto no art. 18.º, que se aplica à armazenagem principal e à associação de conteúdos (à semelhança dos procedimentos *notice and take down* criados pela norte-americana DMCA). Nestes casos, o prestador intermediário de serviços, se a ilicitude não for manifesta, não é obrigado a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o acesso à informação só pelo facto de um interessado arguir uma violação. Todavia, qualquer interessado pode recorrer à entidade de supervisão respetiva, que deve dar uma solução provisória em quarenta e oito horas e logo a comunica eletronicamente aos intervenientes. De igual modo, quem tiver interesse jurídico na manutenção daquele conteúdo em linha pode nos mesmos termos recorrer à entidade de supervisão contra uma decisão do prestador de remover ou impossibilitar o acesso a esse conteúdo, para obter a solução provisória do litígio mediante um procedimento que será especialmente regulado.

Contudo, a amplitude dos poderes da entidade de supervisão contrasta com as suas responsabilidades. Assim, por um lado, a entidade de supervisão pode a qualquer tempo alterar a composição provisória do litígio estabelecida (nº 5), embora, por outro lado, qualquer que venha a ser a decisão, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão.¹ Trata-se, todavia, de uma solução meramente provisória e de natureza alternativa, porventura justificada pela necessidade de adoção de medidas céleres capazes de responder à exigências do tempo real da Internet, já que a solução definitiva do litígio é realizada nos termos e pelas vias comuns (nº 7) e o recurso a estes meios não prejudica a utilização pelos interessados, mesmo simultânea, dos meios judiciais comuns (nº 8). Todavia, não deixa de ser uma medida problemática, pois que se uma ilicitude cometida pela internet pode causar elevados danos em pouco tempo, também a decisão da entidade de supervisão pode produzir os mesmos efeitos danosos.

Isto significa, por outro lado, que se confirma a tendência para a tradução dos ADR, em termos de métodos alternativos, por *Administrative Dispute Resolution*. Com efeito, é instituída uma entidade de supervisão, o IPC-ANACOM, com competências residuais no domínio da instrução dos processos contraordenacionais previstos e da aplicação das respetivas coimas, cujo montante “é fixado entre molduras muito amplas, de modo a serem dissuasoras, mas, simultaneamente, se adequarem à grande variedade de situações

¹ Acrescenta o legislador, em estilo pouco comum em atos normativos, que “tão-pouco recai sobre o prestador intermediário de serviços por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação, quando não for manifesto se há ou não ilicitude”.

que se podem configurar.” Em matéria de sanções acessórias que podem estar associadas às contraordenações, determina-se que as mais graves devem ser judicialmente confirmadas cabendo a iniciativa processual, oficiosamente, à entidade de supervisão. São também previstas providências provisórias ou cautelares, cuja competência de aplicação (incluindo instauração, modificação e levantamento) é atribuída à entidade de supervisão competente. Vejamos mais pormenorizadamente o regime das entidades de supervisão e o regime sancionatório estabelecido no capítulo VI.

5.2. Para começar, nos termos do art. 35.º, é instituída uma entidade de supervisão central com atribuições em todos os domínios regulados pelo diploma do comércio eletrónico, salvo nas matérias em que lei especial atribua competência sectorial a outra entidade. As funções da entidade de supervisão central serão exercidas pela ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM).

Além da entidade de supervisão central, são previstas as entidades de supervisão (simples), que funcionam como organismos de referência para os contactos que se estabeleçam no seu domínio (por exemplo, o Instituto de Seguros de Portugal para a atividade seguradora na Internet), fornecendo, quando requeridas, informações aos destinatários, aos prestadores de serviços e ao público em geral (art. 36.º, 1). Para além das atribuições gerais já assinaladas e das que lhes forem especificamente atribuídas, cabem a estas entidades poderes de fiscalização e de instrução de processos contraordenacionais. Nomeadamente, cabe a estas entidades adotar as providências restritivas previstas nos artigos 7.º e 8.º, instaurar e instruir processos contraordenacionais e, bem assim, aplicar as sanções previstas¹, e ainda determinar a suspensão da atividade dos prestadores de serviços em face de graves irregularidades e por razões de urgência.²

Surge depois uma disposição interessante, nos termos da qual a entidade de supervisão central tem competência em todas as matérias que a lei atribua a um órgão administrativo sem mais especificação e nas que lhe forem particularmente cometidas (art. 36.º, 3). Assim, quando a lei atribuir a competência a um órgão administrativo, mas que não é especificado, cabe essa competência à entidade de supervisão central. Trata-se de um complemento ao disposto no art. 35.º, 1, no sentido de preencher um eventual vazio de autoridade competente no caso de a lei remeter para um órgão administrativo não especificado, levantando-se a questão da determinação do órgão competente. Questão que é resolvida pela lei, atribuindo essa competência à entidade de supervisão central, a saber: a ANACOM (Autoridade Nacional das Comunicações).

¹ Por exemplo, constitui contraordenação sancionável com coima de €2500 a €50000 a prática pelos prestadores de serviços de não disponibilização de informação aos destinatários à qual estão obrigados nos termos do diploma, ou a não prestação de informações solicitadas pela entidade de supervisão (art. 37.º, 1-a/f). A estas contraordenações pode ser aplicada a sanção acessória de perda a favor do Estado dos bens usados para a prática das infrações (art. 38.º, 1).

² Nos termos do art. 39.º, a entidade de supervisão competente pode determinar como medidas provisórias e na medida em ‘que se revelem imediatamente necessárias’, a suspensão da atividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte daqueles serviços da sociedade da informação, e a apreensão de bens que sejam veículo da prática da infração; sendo que estas medidas, pela sua natureza provisória, podem ser determinadas, modificadas ou levantadas em qualquer momento pela própria entidade de supervisão, por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados e a sua legalidade pode ser impugnada em juízo.

Em matéria de competências específicas da entidade de supervisão central, refiram-se nomeadamente a publicitação em rede dos códigos de conduta¹ mais significativos de que tenha conhecimento e a promoção das comunicações à Comissão Europeia e ao Estado membro de origem relativamente à adoção de medidas restritivas.

¹ A criação destes códigos será promovida pelas entidades de supervisão, incentivando-se a participação das associações e organismos de proteção dos consumidores quando tal estiver em causa, tendo as entidades de supervisão e o Ministério Público legitimidade para impugnar em juízo os códigos de conduta aprovados em domínio abrangido pelo diploma do comércio eletrónico que extravasem das finalidades da entidade que os emitiu ou tenham conteúdo contrário a princípios gerais ou regras vigentes (arts. 42 e 43).

COMÉRCIO ELETRÓNICO E (DEFESA DO) CONSUMIDOR *

1. Colocação do problema

O diploma de transposição da diretiva sobre comércio eletrónico¹, a julgar pelo preâmbulo, terá seguido uma abordagem intermédia no que toca à regulação do comércio eletrónico. Não se trata de uma regulação *minimalista*, uma vez que não se limita a reproduzir a diretiva no Diário da República: por um lado, as “categorias neutras” da diretiva são integradas “nos quadros vigentes” do direito português; por outro, “aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na diretiva”. Ao mesmo tempo, porém, não seguiu a via de uma abordagem *maximalista*, uma vez que se limitou fundamentalmente ao âmbito de regulação da diretiva, optando “por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação”.

Soluções essas que passariam, em termos de técnica legislativa, tendo em conta experiências do direito comparado, não por mais um ato de *legislação extravagante*, mas antes pela elaboração de um Código da Informática e/ou pela alteração dos grandes Códigos, *maxime* o Código Civil. Resta saber se a solução encontrada não foi ditada sobretudo por razões de ordem pragmática, quais sejam, desde logo, dar um sinal de transposição da diretiva, tendo em conta que o prazo se encontrava já largamente ultrapassado, para assim “escapar” a mais um procedimento por não transposição de diretivas.

Não obstante, poderia dizer-se que apesar de a opção do legislador não ter sido “ambiciosa” terá sido todavia “prudente”.² Na dúvida sobre a necessidade e oportunidade

* *Estudos de Direito do Consumidor* 6 (2004: 341-400).

¹ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno. Para “uma primeira reação sistemática ao diploma recém-aprovado”, como refere Oliveira Ascensão no *Prefácio*, vide *O comércio eletrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, ANACOM, Lisboa: ICP, 2004 (disponível no site www.anacom.pt). Para um breve apontamento ao DL 7/2004, de 7 de janeiro, pode ver-se também o nosso *Princípios do comércio eletrónico*, in *Miscelâneas*, 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 75 ss. Neste trabalho expomos “as traves mestras” que, em nosso entender, suportam a construção normativa do comércio eletrónico, quais sejam: o princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de atividades económicas na Internet, articulado com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio eletrónico (1); o princípio da transparência (2); o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos, conjugado com a proteção do consumidor no *tele-shopping* eletrónico (3); o princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, conjugado com o reforço da proteção da propriedade intelectual (4); e o princípio da «informalização» dos meios de resolução de litígios (5). Ressalve-se, porém, que a formulação destes princípios, norteadada sobretudo por razões de ordem pedagógica e expositiva, não deve ser entendida em termos de exclusividade. E isto em dois sentidos: ora porque boa parte destes princípios não são exclusivos do comércio eletrónico; ora porque não excluem a formação e/ou elaboração de outros princípios do comércio eletrónico. Também nesses princípios não se deve procurar uma espécie de *suprassumo* do direito do comércio eletrónico, que tudo condensa e explica, embora não deixem de refletir, enquanto “juízos sintéticos”, boa parte do espírito que anima este novo domínio do *corpus iuris*.

² Oliveira Ascensão, embora considere que “(n)ão se cedeu à tentação de regular tudo, que transformaria este diploma básico num regulamento enciclopédico”, oferece as seguintes linhas (não sem algum paradoxo) a propósito de uma solução mais ampla e ambiciosa: “A maneira como estas matérias têm sido reguladas em Portugal, ao sabor de impulsos desencontrados resultantes normalmente de iniciativas

de um Código da Informática e na incerteza sobre como alterar o Código Civil, terá o legislador deixado o problema para maior amadurecimento, tendo em conta desde logo a natureza “horizontal” da regulação prevista na diretiva e a necessidade de estabilização legislativa em domínios por ela tocados, como seja, nomeadamente, a proteção do consumidor. A este respeito, com efeito, se as medidas de proteção do consumidor no comércio eletrónico previstas na diretiva tivessem que aguardar pela aprovação do Código do Consumidor, em preparação¹, a transposição correria o risco de ser ainda mais retardada, agravando-se o não cumprimento da injunção comunitária. Salvo, claro está, se essas medidas de proteção tivessem já equivalente na ordem jurídica portuguesa.

Mas também não é certo que o legislador tenha procurado saber se e em que termos boa parte do conteúdo regulativo da diretiva não tem um conteúdo mais declamatório do que constitutivo para o direito português, tendo em conta regras equivalentes pré-existentes na nossa ordem jurídica interna. Pense-se, nomeadamente, na desnecessidade de autorização prévia para o exercício da atividade de prestador de serviços da sociedade da informação, na delimitação negativa da responsabilidade dos prestadores intermediários e na ausência de um dever geral de vigilância a seu cargo, na exigência de identificação da publicidade em rede, no princípio da liberdade de celebração de contratos por via eletrónica e na equiparação da declaração eletrónica ao documento escrito, para não falar na colocação em forma de norma da “*rule of reason*” do direito comunitário relativa às restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno. Com efeito, boa parte destas “regras” pouco ou nada acrescentam.²

É certo que, no prisma da diretiva, têm o efeito de limitar a liberdade dos Estados-membros, que ficam impedidos, nomeadamente: de sujeitar a autorização prévia o exercício da atividade de prestador de serviços da sociedade da informação (1), de

comunitárias, é má. / Perde-se o sentido de conjunto. Há, porém, uma unidade muito sensível no domínio do digital. A sua repartição por vários diplomas (por exemplo, fazendo incluir aspetos relacionados com o Direito de Autor no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) não só quebra essa unidade como traz problemas de integração nesses diplomas. / Fizemos por isso a proposta de preparação dum Código de Informática, ou lei da informática, que disciplinasse conjuntamente essas matérias. Como logo previmos, a escassez dos prazos comunitários de transposição não permitiu que se avançasse já por este caminho. /, mas não podemos tomar como habitual legislar apenas sob a ameaça da cominação comunitária. É justamente em prazos livres que se deve pensar com mais profundidade nas matérias. A lei da informática permitiria rever, aprofundar e sistematizar os elementos hoje desconstruídos. Do cibercrime à privacidade, tudo poderia ser contemplado. / Se se achar que é ir longe de mais, então haverá que pensar numa lei global sobre o comércio eletrónico. É preciso conduzir à unidade o mundo negocial digital que anda disperso” (in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., pp. 110-1).

¹ Vide António Pinto Monteiro, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, CDC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 201 ss; Id., *A defesa do consumidor no limiar do século XXI*, *Stvdia Ivridica* 73, *Colloquia* 12, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 35 ss (Separata de *Globalização e Direito*), referindo, como novos domínios normativos de proteção do consumidor, *inter alia*, os “modernos contratos à distância, designadamente os celebrados por via eletrónica” (p. 39).

² Contudo, em certas situações o teor principalmente negativo destes preceitos não deixa de ter implicações no sistema jurídico português. Pense-se, nomeadamente, que os prestadores intermediários, enquanto titulares de suportes publicitários, ficarão expressamente isentos, nas condições previstas, da responsabilidade a que estariam sujeitos, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas, segundo o art. 30.º, 1, do Código da Publicidade. Claro que mesmo em relação aos titulares de suportes publicitários tradicionais esta responsabilização era bastante problemática. Pelo que a questão ficará esclarecida, ficando também posta de parte qualquer pretensão de sujeitar estes prestadores aos regimes especiais de responsabilidade previstos, nomeadamente, nas leis da televisão e da imprensa.

responsabilizar os prestadores nas situações referidas na diretiva e de lhes impor um dever geral de vigilância (fundamento de *culpa in vigilando*) (2), de estabelecerem um regime mais favorável em matéria de identificação da “publicidade eletrónica” (3), de não reconhecerem a declaração eletrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e de não aceitarem a sua equiparação ao documento escrito para efeitos de validade formal do negócio (4), e de tentarem neutralizar (ou contornar) no ambiente do comércio eletrónico a referida “rule of reason” relativa às restrições da liberdade de prestação de serviços no mercado interno (5).

Além disso, aqui e ali, a diretiva concretiza boa parte destes princípios mediante a previsão de critérios especiais para o comércio eletrónico, sobretudo no que respeita a *aspectos de procedimento* (por ex., o procedimento a seguir em caso de adoção de providências restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e o procedimento de solução extrajudicial de litígios por via eletrónica entre prestadores e destinatários dos serviços), dimensão esta que o diploma de transposição acentua inspirado em soluções do direito comparado, como é o procedimento de solução provisória de litígios relativamente à responsabilidade do prestador por serviços de armazenagem principal e de associação de conteúdos. Por essa razão, e talvez sobretudo por razões que se prendem com a criação de um ambiente favorável, em termos de certeza e segurança jurídicas para os agentes interessados no comércio eletrónico, se possa justificar a via seguida pelo diploma de transposição. Ao que acresce a definição de um regime sancionatório e a previsão de entidades de supervisão, em especial uma entidade de supervisão central do regime estabelecido, a quem são atribuídos amplos poderes sobretudo em matéria de procedimentos de composição provisória de litígios.¹

Todavia, o aparente minimalismo formal da técnica legislativa do diploma de transposição contrasta com algum «maximalismo» substancial em termos de regime jurídico instituído. «Maximalismo» esse que, em alguns aspetos, poderá comprometer a conformidade das soluções adotadas com o direito comunitário, sobretudo no domínio da proteção do consumidor, para além de não ser muito sensível ao papel estratégico do

¹ Vide o nosso *Princípios do comércio eletrónico*, cit., p. 109. Trata-se de mais um exemplo da tendência para a «administrativização» do direito da informática, que não deixa de ser problemática. Por exemplo, a «administrativização» do tratamento de dados pessoais não apenas “não é certamente a solução desejável” (J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 211), como foi já considerada inconstitucional (vide Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 279 ss). Em matéria de nomes de domínio, não obstante a “nebulosidade da lei” (senão mesmo o seu eloquente silêncio), parece também que se adotou “uma solução de «administrativização» do conflito entre a FCCN e o seu público (...), que pode ser vista como a manifestação de um indício de apropriação estadual da tarefa”, existindo assim “indícios normativos de que a gestão nacional do domínio de topo .pt é uma *tarefa pública executada pela FCCN*”, no sentido de regular a sua atuação “pelos princípios e pelas regras do direito administrativo geral” (Pedro Gonçalves, *Disciplina Administrativa da Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 234-5; sobre a questão da natureza dos nomes de domínio veja-se também o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXVII, Coimbra, 2001, pp. 669-671, em que sustentamos, para efeitos de competência judiciária internacional, a equiparação do registo dos nomes de domínio a um registo público).

direito do consumidor na regulação do comércio eletrónico em termos de criação de um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento da economia digital.¹

Com efeito, em poucos anos, a Internet tornou-se numa autêntica “vitruina internacional”², na qual as empresas expõem e comercializam os seus bens, tornando-se cada cibernauta num “potencial contratante à escala internacional”³. Para o crescimento do valor mercantil da Internet concorreram diversos fatores, nomeadamente de índole jurídica. Com efeito, tem-se assistido à emergência de um «direito eletrónico», *maxime* de “gestação europeia”⁴, que se destina a configurar o sistema normativo no sentido de possibilitar um “ambiente jurídico favorável à confiança” no comércio eletrónico.⁵

¹ Com efeito, parece que certos aspetos do regime aprovado terão sido motivados pelo entendimento de que “a concorrência em base informática traz para a empresa portuguesa comum uma nova desvantagem” (Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 7).

² Emilio Tosi, *I problemi giuridici di Internet (dall' e-commerce all e-business)*, Giuffrè Editore, Milão, 2001, p. 17.

³ Paula Costa e Silva, *Transferência eletrónica de dados: a formação dos contratos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 216.

⁴ Manuel Veiga de Faria, *Nota introdutória*, in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Ordem dos Advogados, Coimbra Editora, 2004, p. 9. Questionamos, aliás, se “a propósito da sociedade da informação (...) o legislador comunitário não está a criar para si uma zona de soberania, esvaziando o poder dos Estados-Membros” (*A Jurisdição na Internet*, cit., p. 637).

⁵ Vide o nosso *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 9. Não obstante de gestação relativamente recente, o direito do comércio eletrónico e da Internet é hoje objeto de tratamento especializado em numerosas obras e por muitos autores. Para uma lista não exaustiva, vide, em língua portuguesa: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação* (Atas do Colóquio organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), A. Pinto Monteiro (dir.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999; *Comunicação e Defesa do Consumidor* (Atas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996; *Direito da Sociedade da Informação*, Volumes I (1999), II (2001), III (2002), IV (2003), V (2004), Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra; *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* (Atas do II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos), I, II, Edições Cosmos, Lisboa, 1994; *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos* (Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual), Livraria Almedina, Coimbra, 1999; Ascensão, José de Oliveira, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001; Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação* (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, 1998; Marques, Garcia e Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000; Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Eletrónico*, Quid Juris, Lisboa, 2001; Idem, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004; Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996; *As Leis do Comércio Eletrónico*, Matosinhos, Centro Atlântico, 2000; Saavedra, Rui, *A Proteção Jurídica do Software e a Internet*, SPA/ Dom Quixote, Lisboa, 1994; Monteiro, J. Sinde, *Assinatura Eletrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001; Frada, Manuel Carneiro da, «Vinho Novo em Odres Velhos»? *A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, II, p. 665; Leitão, Luís de Menezes, *A Responsabilidade Civil na Internet*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, janeiro 2001; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, BFDUC, Stvdia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Idem, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, 169 pp. (atualização disponível no site da editora); Idem, *Law & Internet: Regulatory Issues of Electronic Commerce*, Coimbra, 2002/2003; Campos, Diogo Leite de, *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 58; Almeida, Ana Costa de, *Direito e Internet*, Minerva Coimbra, 2002; Casimiro, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Almedina, 2002; *O Comércio Eletrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, AA.VV., Almedina, Coimbra, fevereiro de 2002; Marques, Ana Margarida / Anjos, Mafalda / Vaz, Sónia, *101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2001; Rainha, Paula / Vaz, Sónia, *Guia Jurídico da Internet em Portugal*, Edições Centro Atlântico, 2001; Oliveira, Elsa Dias, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet*, Coimbra,

Almedina, 2002; Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003; *As Leis do Comércio Eletrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da fatura eletrónica, anotado e comentado*, AA.VV., Edições Centro Atlântico, Matosinhos-Lisboa, 2000; Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet – A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; Manuel Lopes Rocha / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Comércio Eletrónico*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; A.G. Lourenço Martins / J. A. Garcia Marques / Pedro Simões Dias, *Cyberlaw em Portugal – O Direito das tecnologias da informação e comunicação*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004. Para bibliografia em outras línguas vide, nomeadamente: Chris Reed, *Internet Law (Text and Materials)*, 2. ed., London: Butterworths, 2003; Kenneth Creech, *Electronic Media Law and Regulation*, 4th ed., Oxford; Boston: Focal Press, 2003; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2003; Kroger, Detlef, *Casebook Internetrecht: Rechtsprechung zum Internetrecht*, Berlin: Springer, 2003; *Internet Law and Regulation*, Graham J.H. Smith (ed.), 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; Christiane Feral-Schuhl, *Cyberdroit: le droit a l'épreuve de l'internet*, 3^{ème} ed., Paris: Dunod: Dalloz, 2002; Mihaly Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Michael Chissick / Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; José A. Gómez Segade (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, 2001; *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001 ; T. Hoeren, *Grundzüge des Internetrechts*, 2.^a ed., München, 2002 ; G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho Privado de Internet*, 2.^a ed., Madrid, 2001; M. Lemley / P. Samuelson, *Software and Internet Law*, 2nd ed., 2003; *Internet and E-Commerce Law: Cases and Materials*, A. Fitzgerald / B. Fitzgerald (eds.), 2002; Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000; Bensoussan (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 1996; Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, 1997; Sédallian, *Droit de l'Internet*, 1997; Piette-Coudol / Bertrand, *Internet et la loi*, 1997; K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998; Hoeren, *Rechtsfragen des Internet*, 1998; T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998; J. Ribas Alejandro, *Aspetos Jurídicos del Comércio Eletrónico en Internet*, Aranzadi, 1999; N. Härting, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999; L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000; C. Heath/A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001; Spindler / Börner (eds.), *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Springer, 2002; Georgios Gounalakis / Lars Rhode, *Personlichkeitsschutz im Internet: Grundlagen und Online-Spezifika*, Munchen: Verlag C.H. Beck, 2002; *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, (Hrsg.) Hans-Werner Moritz / Thomas Dreier, Koln: O. Schmidt, 2002; Lawrence Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, New York : Vintage Books, 2002; Brian Fitzgerald / Anne Fitzgerald, *Cyberlaw: cases and materials on the internet, digital intellectual property and electronic commerce*, Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2002; *Selected legal issues of e-commerce*, (eds.) Toshiyuki Kono / Christoph G. Paulus / Harry Rajak, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2002; Raymond S.R. Ku, Michele A. Farber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace law: cases and materials*, New York: Aspen Law & Business, 2002; Andre Lucas / Jean Deveze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001; *Law and the internet: a framework for electronic commerce*, 2nd ed., Lilian Edwards / Charlotte Waelde (eds.), Oxford; Portland: Hart, 2000; *Transnational cyberspace law*, (ed.) Makoto Ibusuki, Oxford: Hart, 2000; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 2. vollig neubearbeitete und erw. Auf., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2000; Pierre Breese, *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique* (col. de Gautier Kaufman; pref de Jean-Jacques Martin), Paris: Vuibert, 2000; Terry R. Broderick, *Regulation of information technology in the European Union*, London; Boston: Kluwer Law International, 2000; Andre Bertrand / Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, 2^{ème} ed. mise a jour, Paris: PUF, 2000; L.J.H.F. Garzaniti, *Telecommunications, broadcasting, and the Internet: E.U. competition law and regulation*, London: Sweet & Maxwell, 2000; John Dickie, *Internet and electronic commerce law in the European Union*, Oxford; Hart, 1999; Susan Singleton / Simon Halberstam, *Business, the internet and the law*, Croydon: Tolley, 1999; Patrick G. Mayer, *Das Internet im öffentlichen Recht: unter Berücksichtigung europarechtlicher und volkerrechtlicher Vorgaben*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; Denis Kelleher / Karen Murray, *IT law in the European Union*, London: Sweet & Maxwell, 1999; Carsten Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet: zur Frage des anzuwendenden Urheberrechts bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen*, Baden-Baden: Nomos, 1999; Thorsten Finke, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, Tübingen: Medien Verlag Kohler, 1998; *Copyright in the new digital environment : the need to redesign copyright*, (eds.) Irini A. Stamatoudi / Paul L.C. Torremans, London: Sweet & Maxwell, 2000; *Primer on Electronic Commerce and Intellectual*

Todavia, não é seguro que certas soluções do diploma de transposição tenham contribuído para promover o comércio eletrónico, o qual depende não apenas dos consumidores, mas também das empresas, que normalmente equacionam os custos e riscos de transação ao nível das suas opções de investimento, sobretudo num cenário de pós “rebetamento da bolha” da economia digital. É certo que “a pretensão que as regras “terrestres” serviam tal qual para o ciberespaço não pode deixar de ser considerada falaciosa”.¹ Pelo que se impunha (e impõe) a transposição das diretivas de harmonização, cuja aprovação não obedece apenas certamente a critérios de produtividade das instâncias comunitárias. Não obstante, é bastante duvidoso que alguns dos preceitos adotados sirvam para promover o comércio no ciberespaço.

2. Aspetos específicos da negociação eletrónica

O diploma de transposição, na sequência da diretiva comunitária sobre comércio eletrónico, consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos (art. 25.º). Assim, a declaração eletrónica é reconhecida como meio idóneo de manifestação da vontade², ainda que com limites, pois são excecionados, tal como permitido pela diretiva, certos negócios jurídicos, nomeadamente os negócios pessoais familiares (por ex., o casamento ou o testamento).

Por outro lado, é consagrado o princípio da equiparação do documento eletrónico ao documento escrito (art. 26.º), o que não significa uma derrogação ao princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil). Trata-se apenas de considerar que os documentos eletrónicos são havidos, reunidas certas condições, como documentos escritos. Pelo que se a lei exigir um documento escrito para a validade ou eficácia do negócio, o documento eletrónico satisfará esse requisito.³ Aliás, o documento eletrónico ao qual seja aposta assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena (*vide infra*).

Property Issues, WIPO, 2000; *Commerce électronique et propriétés intellectuelles* / Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois, Paris, 7 novembre 2000, Paris: Librairies Techniques, 2001; *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, (ed.) P. Bernt Hugenholtz, The Hague; London: Kluwer Law, 2000; *The Internet and authors' rights*, (ed.) Frederic Pollaud-Dulian, London: Sweet & Maxwell, 1999; *Intellectual property law in cyberspace*, G. Peter Albert, Jr. and Laff, Whitesel & Saret, Ltd., Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1999; *Intellectual property and information law: essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, (eds.) Jan J.C. Kabel / Gerard J.H.M. Mom, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998; *International information technology law*, (gen ed.) Dennis Campbell; ed. Susan Cotter, Chichester, West Sussex, England; New York: J. Wiley & Sons, 1997.

¹ Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 115. Especificamente sobre os regimes de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, contratação eletrónica e solução provisória de litígios e o regime sancionatório, e respetivos enquadramentos, vide *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., pp. 142 ss, 157 ss, 191 ss, com contribuições individualizadas de Cláudia Trabuço, Susana Larisma e Alexandre Fraga Pires, respetivamente.

² Vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 1966, p. 47.

³ Miguel Pupo Correia, in *As Leis do Comércio Eletrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da fatura eletrónica, anotado e comentado*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos - Lisboa, 2000, p. 49 (o “documento não deixa de ser escrito por se encontrar num ecrã”; ou talvez também por se encontrar na memória de um computador).

Relativamente à perfeição das declarações jurídicas eletrónicas, o diploma do comércio eletrónico consagrou a regra da teoria da receção prevista no art. 224.º do Código Civil, no sentido de a declaração se tornar eficaz a partir do momento em que pode ser recebida pelo respetivo destinatário (art. 31.º, 2); de igual modo, consagrou a distinção entre convite a contratar e proposta contratual (art. 32.º).¹ Contudo, relativamente ao momento

¹ Vide, por todos, Carlos A. da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 441 ss. Quanto a saber se a posição do prestador deve ser entendida como simples convite a contratar ou já como proposta contratual, sustenta-se que a “lei portuguesa toma uma posição prudente. Não pretende resolver exaustivamente a questão, embora coloque o acento na presença na mensagem de todos os elementos necessários à conclusão do contrato. / Daqui resulta que tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta, na ausência de elementos intrínsecos que a degradem a mera solicitação de ofertas. (...), mas só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato” (Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 113). Não obstante, nas relações com consumidores parece que o prestador deverá encontrar-se numa situação de oferta ou proposta contratual, ao menos no que respeita aos contratos abrangidos pelo art. 4.º do regime dos contratos à distância. Além disso, o prestador que anuncie os seus bens por correio eletrónico terá que respeitar, em nosso entender, os requisitos previstos no art. 23.º do Código da Publicidade (cf. o nosso *Comércio eletrónico*, cit., p. 94), colocando-se desse modo, em princípio, numa posição de proposta contratual. De resto, a teoria do simples convite a contratar, ao menos nas relações com consumidores, é contestada na nossa doutrina, entendendo-se que “(n)ão há (...) motivo que sustente aquela orientação, porque a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa a desproteção do público” (José de Oliveira Ascensão, *Contratação eletrónica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60).

Note-se que a posição que sustentámos sobre a aplicação do art. 23.º do Código da Publicidade à publicidade por correio eletrónico foi contestada por Celso António Serra, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, pp. 539-40, defendendo que a caixa de correio eletrónico não poderá entrar no conceito de domicílio (apoiando este entendimento por lhe parecer “muito forçada” a qualificação como publicidade domiciliária da publicidade por correio eletrónico, Luís Menezes Leitão, *A distribuição de mensagens de correio eletrónico indesejadas (SPAM)*, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., p. 210), não obstante o A. considerar “incompreensível” a exclusão do correio eletrónico operada pelo art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, sobre publicidade domiciliária (p. 545). Contudo, tendo em conta o pressuposto de que parte - não poder o correio eletrónico entrar no conceito de domicílio aqui relevante -, tal deveria ser, afinal, “compreensível”, uma vez que não se trataria, desde logo, de publicidade domiciliária... De resto, o autor apoia-se na opinião de Paulo Mota Pinto, nos termos da qual a publicidade por correio eletrónico “não se pode dizer propriamente entregue no domicílio do destinatário”, entendendo porém que os “problemas próprios” que suscita a publicidade por correio eletrónico “poderão em certos pontos merecer uma resposta semelhante à que vale para a publicidade domiciliária por correspondência ou entregue diretamente, e para a publicidade por telefone e telecópia” (*Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”)*, BFD 74 (1998), pp. 275 – sustentando, aliás, que, “quando consideramos a publicidade domiciliária como aquela que é entregue no *domicílio* do destinatário não empregamos esta expressão com um sentido técnico-jurídico estrito, adequado apenas à residência particular de consumidores, que sejam, além disso, pessoas singulares. (...) para o efeito de qualificação como publicidade domiciliária, este conceito de domicílio é irrelevante” – p. 277), parecendo, nessa medida, confortar a nossa interpretação extensiva do art. 23.º do Código da Publicidade. Note-se, ainda, que, nos termos do art. 22.º, 1, do diploma do comércio eletrónico, o envio de comunicações de marketing direto não solicitadas por via de aparelhos de chamada automática, telecópia ou correio eletrónico carece de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa individual. Significa isto que a lei equiparou expressamente o correio eletrónico aos aparelhos automáticos de telefone e de telecópia, pelo que sendo estes meios adequados para efetuar “publicidade domiciliária” nos termos da Lei n.º 6/99, parece que a noção de domicílio relevante no direito publicitário abrangerá também, agora expressamente, o correio eletrónico. De resto, se o correio eletrónico fosse já antes de todo irrelevante para a noção de domicílio do direito publicitário, então a sua exclusão não faria muito sentido. Pelo contrário, parece-nos que justamente a relevância potencial do correio eletrónico para a noção de domicílio no direito publicitário terá obrigado à sua exclusão do âmbito de aplicação da referida lei, porventura em atenção aos “problemas próprios” suscitados por este meio de comunicação. Tal não significa, todavia, que a exclusão do correio eletrónico da lei da publicidade domiciliária implique, mais ou menos automaticamente, a sua

da conclusão do contrato levanta-se a questão de saber se a aceitação inicial é sempre decisiva, uma vez que nos contratos de consumo exige-se confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção reiterando a ordem emitida (art. 29.º, 5).

Esta exigência de confirmação poderia interpretar-se como sendo uma “mera cautela técnica” destinada a regular a “exatidão das comunicações” ou “assegurar a certeza das comunicações”.¹ Todavia, tal interpretação do valor jurídico da exigência de confirmação não é unânime², para além de indiciar a “fraca confiança do legislador” nos meios eletrónicos, porventura justificada pelo défice informativo dos consumidores relativamente ao ambiente cibernético e ao *modus operandi* da Internet.³ Assim, poderá sustentar-se que tal exigência se justifica por razões de proteção dos consumidores no comércio eletrónico, traduzindo-se na introdução de um critério especial relativo ao momento da conclusão dos contratos eletrónicos de consumo. O que, de resto, só dará alguma razão ao entendimento de que se trata aqui de “uma forma de contratação que

exclusão do regime geral da publicidade domiciliária previsto no Código. Poderia argumentar-se que a lei da publicidade domiciliária terá concretizado a noção de domicílio no direito publicitário, no sentido de abranger a publicidade por telefone e por telecópia, mas já não o correio eletrónico. Assim, a explicitação desta noção de domicílio constante da lei especial deveria ser alargada a todo o direito publicitário, o que teria o efeito de não aplicar o regime do art. 23.º do Código à publicidade por correio eletrónico. Esta via interpretativa assenta, porém, em pressupostos que não seguimos. Primeiro, parece fazer depender unicamente do legislador o esclarecimento dos conceitos legais. O intérprete não seria, por isso, mais do que “la bouche de la loi”, na célebre expressão de Montesquieu. Segundo, ou não reconhece que o art. 23.º do Código da Publicidade é uma norma aberta, no sentido de se aplicar a “qualquer meio” de entregar publicidade no domicílio do destinatário, ou então nega ao correio eletrónico a sua aptidão para o efeito (o que não será razoável, mesmo adotando uma interpretação muito restritiva de domicílio). Terceiro, ao rejeitar-se liminarmente a aplicação do art. 23.º por não se subsumir o correio eletrónico à noção (restritiva) de domicílio opera-se em termos puramente formais, sem sequer se cuidar de saber se as razões justificativas desta norma procedem também no caso do correio eletrónico. Da nossa parte, o juízo de procedência é positivo e por isso defendemos a sua aplicação. E isto por duas razões: ora para proteger os destinatários de publicidade por correio eletrónico, ora para salvaguardar o valor da publicidade enquanto importante instrumento de concorrência que por via do *spam* se degrada. Com efeito, a prática do *spam* baseia-se no seu baixo custo, não havendo “restrições ao número de mensagens de correio eletrónico que pode ser enviado com a utilização de apenas uma linha telefónica” (L. Menezes Leitão, *Distribuição*, cit., p. 220). Pelo que, a aplicação da referida norma servirá para dar proteção ao destinatário, nomeadamente o consumidor, e impedir a destruição do valor económico da publicidade por correio eletrónico, que é um fator importante para que a Internet “se continue a desenvolver como espaço comercial” (Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., 2004, p. 309). Sobre o «spam» v. tb., por ex., T. Hoeren, *Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schaffer Poeschel, 1997, p. 114.

¹ J. Oliveira Ascensão, *Contratação eletrónica*, cit., pp. 58-9. No dizer de Susana Larisma: “Parece seguro afirmar, nesta hipótese, que a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples” (in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 168). Receamos, todavia, ser esta uma das situações em que o regime aprovado traz algo de novo, em contraste aliás com o «minimalismo» formal do diploma. É legítimo não concordar com a regra, cuja conformidade com as exigências do direito comunitário é, aliás, duvidosa., mas já não será correto “fazer de conta” que nada acrescenta.

² Sustentando que “o diploma reclama um *segundo ato*, de confirmação, pelo consumidor. Se este não responder, não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”, Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 429.

³ Elsa Dias Oliveira, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspetiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 131, 67.

escapa aos cânones clássicos”.¹ Neste sentido, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de receção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”.²

A questão do momento da celebração do contrato não é, de resto, uma questão puramente teórica.³ Ao exigir a confirmação da encomenda como requisito da sua definitividade parece a lei estabelecer um critério especial para os contratos eletrónicos de consumo. Com efeito, qual será o valor de uma encomenda não confirmada? Poderá o vendedor exigir ao consumidor o cumprimento do contrato nos casos em que este não confirme a encomenda?

Assim como não nos parece que esta exigência “nada traz de novo”, também não consideramos a exigência de confirmação como uma espécie de «direito de arrependimento», que permitiria ao consumidor libertar-se do contrato não confirmando a encomenda. Perante o teor literal da norma relativo à exigência de confirmação, é sustentável que o contrato só se celebra “à segunda” e não logo no momento da aceitação inicial.⁴ Com efeito, não se compreende muito bem como poderá o consumidor ficar vinculado a uma encomenda meramente provisória, a valer em princípio como aceitação. Neste sentido, não apenas o fornecedor não ficaria logo vinculado aos termos apresentados na sua “loja eletrónica”, podendo verificar, por ex., as existências de stock ou o crédito do consumidor, como também o consumidor teria ainda a possibilidade de não celebrar o negócio, não confirmando a encomenda. Por outras palavras, a exigência de confirmação da encomenda por parte do consumidor traduzir-se-ia numa exigência de «duplo-consenso», um primeiro ainda provisório (para ambas as partes) e um segundo já definitivo.

Não obstante, tendo em conta que a configuração normativa do fornecedor o coloca tipicamente em situação de oferta contratual⁵ (o que implica a sua vinculação à proposta⁶ – art. 230.º, 1, do Código Civil), mais seguro nos parece dizer que se trata antes de uma condição suspensiva de perfeição do contrato, que porém retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do

¹ J. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Estudos sobre Direito da Informática e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, p. 54.

² J. Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 9.

³ Sobre o relevo normativo do momento da celebração vide, por ex., Carlos Rogel Vide, *En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos via Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra Editora, 2001, p. 60.

⁴ Cfr. o nosso *Princípios do comércio eletrónico*, cit., pp. 96-7, 101.

⁵ Defendendo já esta solução para as televendas (incluindo pela Internet) e a sua sujeição ao regime das vendas por correspondência (Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de setembro, entretanto revogado pelo regime dos contratos à distância aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril), António Pinto Monteiro, *A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de abril de 1998, coord. A. Pinto Monteiro, IFC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 155-7.

⁶, mas não prejudica, a não ver, que o fornecedor aponha uma condição suspensiva à transação, nos termos da qual fica condicionada à existência em stock ou ao crédito do consumidor.

Código Civil).¹ Nesta linha de raciocínio, o contrato seria concluído à primeira, ainda que condicionado à confirmação da encomenda. Caso o consumidor não procedesse à confirmação, então não se verificaria a condição de conclusão do negócio, tudo se passando “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”² De todo o modo, não nos parece que a exigência de confirmação seja uma mera “cautela técnica” que “nada traz de novo”, pelo que não será de todo irrelevante para o problema do momento da celebração do contrato.

Além disso, esta regra especial, que parece fundar-se em razões de proteção do consumidor, pode ser derogada, nos casos em que o bem ou serviço é prestado na sequência direta da ordem de encomenda, sem necessidade portanto de confirmação de aceitação (art. 29.º, 2). Nestes casos, típicos do chamado comércio eletrónico direto, o contrato deve considerar-se incondicionalmente concluído logo no momento da aceitação inicial da proposta, representando a prestação do bem já o cumprimento do contrato³, salvo tratando-se de contrato real *quoad constitutionem* (por ex., depósito de programa de computador), em que o contrato se celebra no momento da entrega do bem.⁴ Com

¹ Tratar-se-á de uma condição legal ou *conditio iuris*, i.e., imposta por lei: vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 359. Neste caso seria uma condição suspensiva potestativa e arbitrária; enquanto condição legal, será uma condição imprópria, que, todavia, não impedirá que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes, incluindo o consumidor, atuar segundo os ditames da boa-fé de modo a não frustrarem as legítimas expectativas geradas (vide Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 556 ss).

² Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 382. Sem prejuízo, todavia, de eventual responsabilidade pela confiança decorrente de «*culpa in contrahendo*», resultante da violação de deveres impostos pela boa-fé (art. 227.º), que também devem ser observados na pendência da condição (art. 272.º) – quanto a isto, na prática, as diferenças entre o contrato ser celebrado logo no momento da aceitação inicial ou só posteriormente, “à segunda”, com a confirmação da encomenda na sequência do aviso de receção, poderão ser pouco significativas, pois que, em qualquer dos casos, parece que só será ressarcível o dano contratual negativo pela confiança, resultante da violação dos ditames da boa-fé. Note-se, porém, que tratando-se de condição imprópria (legal), de natureza potestativa e arbitrária, ficará inteiramente ao critério do consumidor confirmar ou não a encomenda, pelo que o risco negocial impende principalmente sobre o fornecedor. De todo o modo, se o consumidor praticar comportamentos abusivos que causem inconvenientes ou incómodos à outra parte, perturbando o regular funcionamento da sua “loja eletrónica”, poderá ser responsabilizado nos referidos termos, ou eventualmente por abuso de direito (art. 334.º do Código Civil). Além disso, o contacto negocial que teve com o prestador ao elaborar a encomenda – que, todavia, não confirmou – será relevante, nomeadamente, para efeitos de licitude de tratamento de dados pessoais e envio de mensagens publicitárias pelo prestador nos termos do art. 22.º, 3, do diploma. A propósito do tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor das telecomunicações, note-se que a Lei n.º 69/98, de 28 de outubro, foi revogada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

³ Para uma crítica à solução inicialmente proposta para o momento da celebração do contrato, veja-se o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, III, p. 977 (notando que, segundo essa proposta inicial, em certas circunstâncias, “o contrato só se consideraria celebrado no momento da prestação do serviço”, pelo que se o destinatário “tivesse já pago eletronicamente o serviço, estaria a realizar uma prestação relativa a contrato futuro, o qual só se celebraria com a prestação em linha do serviço”).

⁴ O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º). Quer esta situação quer aquela da negociação direta mediante páginas da Internet distinguem-se da contratação automatizada, isto é, sem intervenção humana. Ambas fazem parte da contratação eletrónica, ali em sentido estrito aqui já em sentido amplo, pois que não apenas está em causa a manifestação das declarações de vontade, mas também já a sua produção (cfr. Paula Costa e Silva, *Contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., 2003,

efeito, o negócio jurídico eletrónico apresenta certas especificidades, no que respeita aos contratos reais.¹ Quanto aos contratos reais *quoad effectum*, é de destacar que o documento eletrónico não substitui a escritura pública, quando esta seja exigida para a validade do negócio. É o que sucede, nomeadamente, no contrato de compra e venda de bens imóveis. Ademais, quanto aos contratos reais *quoad constitutionem*, (ainda) não é possível a entrega eletrónica de bens corpóreos, pelo que esses contratos (por ex., comodato) não se poderão constituir por via eletrónica quanto tenham bens corpóreos por objeto. Todavia, se o bem for incorpóreo, já é de admitir essa possibilidade (por ex., depósito de software por via eletrónica).

3. Assinatura eletrónica, certificação e acreditação

Aspeto importante na negociação eletrónica é a aposição de assinaturas nos documentos eletrónicos.² Estas assinaturas podem (e, para certos efeitos, devem) ser certificadas por empresas., mas o que são as empresas de certificação? E que relação têm com as assinaturas? Deixaremos um brevíssimo apontamento sobre o regime legal da assinatura eletrónica e sua certificação e, seguidamente, consideraremos um grupo de casos – a promessa eletrónica (obrigacional) de compra e venda de imóvel -, em que se manifesta mais um exemplo do «maximalismo» substancial do regime do comércio eletrónico.

No direito português, o regime das assinaturas eletrónicas³ regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos eletrónicos e das assinaturas eletrónicas, atribui o controlo

pp. 289-90). Para as situações de contratação automatizada, a lei do comércio eletrónico dispõe (art. 33.º) a aplicação das regras do erro na formação da vontade em caso de erro de programação (1), do erro na declaração em caso de defeito de funcionamento da máquina (2), e do erro transmissão em caso de a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Note-se, porém, que na aquisição de bens através de páginas da Internet o contrato eletrónico pode ser unilateralmente automatizado, sobretudo da parte do fornecedor. Vale isto por dizer que a contratação automatizada significa a emissão automatizada de declarações de vontade, podendo ser unilateral ou até bilateral. Nestas situações, “o computador irá conformar a declaração” segundo “as instruções pré-ordenadas”, o que todavia não parece que deva ser entendido como o “abandono da doutrina da vontade” (António Pinto Monteiro, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 233).

¹ Para uma distinção entre contratos reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*, vide, por todos, Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 400, em nota.

² A utilização do termo assinatura é suscetível de contestação. Em especial, a função declarativa da assinatura autografa mediante assunção da paternidade do documento assinado não se atribuiria a uma característica física do signatário, mas antes à titularidade de um mecanismo tecnológico. Por isso, quando muito em sentido “metafórico” seria correto utilizar o termo assinatura (cfr. Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 854, com mais referências). Este entendimento não é, porém, isento de reparos. Basta pensar que uma das espécies de assinatura eletrónica é a impressão digital ou a retina, justamente características físicas do signatário.

³ Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril, que transpõe a Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas, e pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de julho. No essencial, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril, destinam-se a colocar o diploma interno em conformidade com a diretiva das assinaturas eletrónicas (sobre a divergência anterior, vide Jorge de Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu – Assinatura Eletrónica e Certificação (A Diretiva 1999/93/CE e o Decreto – Lei n.º 290 – D/99, de 2 de agosto)*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3918, 2001, pg. 262 ss; sobre a Diretiva v. tb., por ex., Éric Caprioli, *La directive européenne n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Gaz. Pal. 29-31/2000, p. 5 ss). A diretiva sobre assinatura eletrónica segue uma “abordagem tecnologicamente neutra, que se articula em dois níveis de assinatura eletrónica”, simples e avançada, se bem que esta última corresponda

da atividade de certificação de assinaturas a uma entidade pública, e define os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da atividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, o diploma não sujeita a autorização administrativa prévia a atividade de certificação de assinaturas eletrónicas, embora preveja um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança.

Assim, por um lado, relativamente à validade das assinaturas eletrónicas, quem utilizar uma assinatura eletrónica para provar que assinou um documento eletrónico poderá ver atribuído a essa assinatura o mesmo valor legal que uma assinatura manuscrita consoante a assinatura eletrónica que se use. Com efeito, para que se verifique essa equiparação é necessário, em primeiro lugar, que se utilize uma assinatura eletrónica qualificada (art. 7.º), isto é, um processo de assinatura eletrónica baseado num sistema criptográfico de algoritmos pelo qual um par de chaves (uma pública e uma privada) é gerado (art. 2.º, c). Segundo, essa assinatura eletrónica qualificada deve ser baseada num certificado válido emitido por uma entidade de certificação acreditada pela autoridade credenciadora (art. 7.º, 4); ademais, o documento eletrónico assim assinado é munido de força probatória plena (art. 3.º, 2).

Por outro lado, no que toca às certificadoras eletrónicas, o regime dos prestadores de serviços de certificação assenta no princípio da liberdade de acesso e acreditação (ou credenciação) voluntária (art. 9.º). A autoridade credenciadora prevista no art. 40.º é o

fundamentalmente, face ao estado atual da tecnologia, à assinatura digital (cfr., por ex., P. Van Eecke / J. Dumortier, *A Common Legal Framework for Electronic Signatures within the European Union, Electronic Commerce & Law Report*, 1999, pp. 1201 e 1204; Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 868). Por essa razão, embora a nossa lei interna refira ainda a noção de assinatura eletrónica qualificada à assinatura digital, admite como tal “outra modalidade de assinatura eletrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura” (art. 2.º-g). Em todo o caso, as anteriores referências à assinatura digital são substituídas por referências às assinaturas eletrónicas avançadas e qualificadas; de igual modo, as referências às chaves públicas e privadas são substituídas pelas expressões “dados de criação de assinatura” e “dados de verificação de assinatura” (ver, por exemplo, arts. 3.º, 2, 6.º, e 7.º, 1). Além disso, são introduzidas novas definições no art. 2.º de acordo com o glossário da diretiva (por ex., dispositivo de criação de assinaturas e dispositivo seguro de criação de assinaturas). Depois, aos organismos de certificação é atribuída a certificação e avaliação de conformidade dos produtos de assinatura eletrónica utilizados na prestação de serviços de assinaturas eletrónicas qualificadas pela entidade de certificação (art. 37.º). Por outro lado, é estabelecido um registo meramente declarativo junto da autoridade credenciadora relativamente às entidades de certificação que emitam certificados qualificados em ordem a assegurar um melhor e mais amplo controlo destas entidades pela autoridade credenciadora, pelos titulares de certificados e terceiros (art. 9.º, 2). Ademais, os deveres das entidades de certificação que emitem certificados qualificados são reforçados de modo a cumprir o anexo II da diretiva (veja-se o art. 24.º relativo aos deveres da entidade certificadoras que emite certificados qualificados). Alterados são também os deveres de informação à autoridade credenciadora das entidades de certificação que emitem certificados qualificados (art. 32.º), sendo de notar em especial que as entidades estão sujeitas a auditoria por um auditor de segurança que está sujeito a certos requisitos e deve elaborar um relatório à autoridade credenciadora (art. 33.º). Finalmente, de referir ainda, por exemplo, que as disposições relativas aos certificados provenientes de outros Estados-Membros são alteradas de modo a assegurar a livre circulação de produtos de assinaturas digitais no mercado interno na medida em que obedeçam aos requisitos da diretiva (art. 38.º).

ITIJ (Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça)¹, o qual é assistido por um organismo de natureza consultiva, o Conselho Técnico de Credenciação.²

A concessão de credenciação a entidades de certificação depende da satisfação de um conjunto de requisitos (art. 12.º), nomeadamente: 1.º dispor de meios financeiros e de capital social adequados, no valor mínimo de 200.000,00 euros; 2.º prestar garantias de absoluta integridade e independência no exercício da atividade de certificação, exigindo-se nomeadamente que os membros dos órgãos de administração sejam pessoas de reconhecida idoneidade nos termos do art. 15.º; 3.º dispor de recursos humanos e técnicos adequados, incluindo um auditor de segurança (art. 16.º); 4.º manter um contrato de seguro válido para cobertura adequada da responsabilidade civil emergente da atividade de certificação, cujas características são definidas por Portaria do Ministro das Finanças (art. 17.º).³

De modo a tomar uma decisão, o ITIJ (autoridade credenciadora) poderá pedir informações complementares e proceder às averiguações que entender necessárias para o efeito. A decisão será comunicada à entidade de certificação dentro de 3 meses após a receção do pedido de acreditação, e incluirá a emissão do certificado de chaves a ser usado pela entidade certificadora na emissão de certificados. Além disso, deverá ser comunicada às competentes autoridades de supervisão dos Estados-Membros da União Europeia (art. 17.º, 1, 2 e 5).

Em certas circunstâncias, a acreditação poderá ser recusada (art. 18), caducar (art. 19.º) ou ser revogada (arts. 20.º e 21.º). Por outro lado, as alterações da estrutura subjetiva da entidade certificadora devem ser comunicadas ao ITIJ (art. 22.º) e o registo das pessoas com acesso aos meios de certificação deve ser-lhe solicitado no prazo de quinze dias (art. 23.º).

No exercício da sua atividade, a entidade de certificação deve cumprir certos deveres previstos no art. 24.º, nomeadamente proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (al. p)⁴. A entidade de certificação responde civilmente pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros em consequência do incumprimento culposo dos seus deveres legais, sendo nulas as convenções de exoneração e limitação dessa responsabilidade (art. 26.º).

O diploma da assinatura eletrónica regula ainda os certificados no que respeita à sua emissão (art. 28.º), conteúdo dos certificados qualificados (art. 29.º), sua suspensão e revogação (art. 30.º), bem como as obrigações do seu titular (art. 31.º). Um outro aspeto de regime a considerar é o facto de as assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por

¹ O Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça (ITIJ) foi designado autoridade credenciadora (DL 146/2000, de 18 de julho, art. 18.º, 3-j, DL 234/2000, de 25 de setembro, art. 1.º).

² Decreto-Lei 234/2000, de 25 de setembro.

³ Ver Portaria n.º 1370/2000, de 12 de setembro.

⁴ A relação entre a autoridade credenciadora e as entidades de certificação pode ser caracterizada como de *full disclosure*. Para começar, o certificador deve cumprir certos deveres de informação de modo a que o acreditador possa supervisionar a sua atividade (art. 32.º). Depois, os revisores oficiais de conta e os auditores externos devem comunicar à autoridade credenciadora infrações graves que detetem no exercício das suas funções (art. 34.º). Finalmente, é exigida a participação da autoridade de credenciação no processo de cessação da atividade da certificadora. Por exemplo, no caso de esta pretender cessar voluntariamente a sua atividade, deverá comunicar tal propósito à autoridade credenciadora com a antecipação mínima de 3 meses (art. 27.º, 1).

entidade credenciada em outro Estado-membro serem equiparadas às assinaturas eletrônicas qualificadas certificadas de acordo com a lei portuguesa (art. 38.º, 1).

4. Imobiliárias eletrônicas, notários e certificadores

Nos contratos-promessa de celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, a lei exige documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral, e reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes bem como a certificação, pelo notário, da existência da respetiva licença de utilização ou de construção (Código Civil, art. 410.º, 1, 2 e 3).

Suponha-se que uma empresa imobiliária tem um site na Internet, que disponibiliza informação sobre edifícios (e frações autónomas) com demonstrações multimedia e, além disso, permite a celebração por via eletrónica de contratos de arrendamento e de contratos-promessa de compra e venda relativos a esses imóveis.¹ Serão tais contratos válidos e providos de força probatória?

Relativamente ao arrendamento, a questão parece resolvida pelo diploma do comércio eletrónico, que expressamente não exclui o arrendamento do princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos (art. 25.º, 1-c). Valerá a mesma solução para as promessas de compra e venda, ainda que meramente obrigacionais? Vejamos.

Para começar, o direito privado português rege-se pelo princípio da liberdade de forma no que respeita à validade (formal) da declaração negocial (art. 219.º CC). Todavia, em certos casos, a lei prevê exceções a este princípio, exigindo documento escrito para a validade do contrato.² Além disso, “quando a lei exigir, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior” (Código Civil, art. 364º, 1).³

Ora, no caso em consideração a lei exige documento escrito assinado com reconhecimento presencial das assinaturas. Levantam-se aqui três questões. Primeira, o documento eletrónico vale como documento escrito? Segunda, qual é o seu valor probatório? Terceira, se o valor probatório do documento eletrónico for equivalente ao documento com reconhecimento presencial das assinaturas poderá a certificação do primeiro substituir ou tornar dispensável o reconhecimento presencial no segundo,

¹ Debateremos esta hipótese de trabalho na comunicação apresentada na Conferência “O Papel do Notário na Prevenção de Litígios e Defesa dos Direitos dos Consumidores”, realizada no dia 28 de março de 2003 no Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob organização da Associação Portuguesa de Notários. Vide o nosso *Notários, certificadores e comércio eletrónico*, in *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, Fabio Luiz Gomes (Org.), Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2004, pp. 5-21.

² A sanção geral para a inobservância da exigência legal de forma é a nulidade (Código Civil, art. 220.º).

³ Porém, se resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração, pode ser substituído por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório (art. 364º, 2, CC).

entendendo-se que se trata apenas de uma formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*?¹

A este respeito importa considerar, em primeiro lugar, que a diretiva sobre comércio eletrónico obriga os Estados-Membros a configurarem os respetivos sistemas legais de modo a que o regime dos contratos respeite o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos². Assim, em princípio, é retirada aos Estados-membros a

¹ Sobre a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem vide*, por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 145 ss; Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., p. 435.

² Esta prescrição do direito comunitário respeita apenas aos requisitos legais, já não “aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios eletrónicos em determinados casos” (cons. 37)., mas não é de todo juridicamente irrelevante, já que os contratos reais *quoad constitutionem* se consideram apenas celebrados com a realização de um modo que se traduz na entrega da coisa. E as coisas corpóreas não podem, pelo menos por enquanto, ser entregues por via eletrónica. Já quanto às coisas incorpóreas sustentamos entendimento diverso, apesar de a orientação comunitária considerar que se trata apenas e ainda de atos de prestação de serviços. Por exemplo, um programa de computador é uma coisa incorpórea que pode ser entregue em linha por via eletrónica, não mudando a sua natureza em virtude da transmissão eletrónica (para desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Stvidia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 591-9, nota 995 – no domínio dos direitos de autor na «sociedade da informação», refira-se, a talho de foice, que a Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Proteção das medidas de caráter tecnológico e das informações para a gestão eletrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC). Por outras palavras, o *software*, enquanto coisa incorpórea, não se transforma em serviço por ser entregue em linha por meios eletrónicos, assim como não se converte em produto por ser entregue num suporte material (por ex., disquete ou CD). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as outras coisas incorpóreas. Pelo que se a lei circunscreve um determinado regime aos bens móveis corpóreos (por ex., a responsabilidade do produtor) a sua aplicação às coisas incorpóreas (por ex., um programa de computador) estará em princípio vedada (cf., porém, Dário Moura Vicente, *Comércio eletrónico e responsabilidade empresarial*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., pp. 251-2). Será por isso necessário apurar mais cautelosamente as razões justificativas desse regime e aferir da sua procedência para as coisas incorpóreas, de modo a que se justifique a emenda à restrição legal, ao invés de se seguir uma argumentação puramente conceptual. Além disso, deverá ter-se em conta que a aplicação de um tal regime poderá colidir com valores fundamentais inerentes às coisas incorpóreas. Pense-se, por exemplo, no que seria a subordinação da liberdade de criação e difusão literária, artística e científica a um regime de responsabilidade do produtor, responsabilizando-se o editor não apenas por *culpa in vigilando*, mas também pelos “defeitos” das obras ao nível das suas ideias e conceções em termos de não ser segura a sua utilização pelo público. Para além de protecionismo económico (do consumidor, claro está, enquanto agente económico), serviria tal lei, com proveito, o protecionismo político e cultural. Sendo certo que muito do que hoje é criativo exprime-se em software, através das artes digitais. Claro que o software é um caso muito problemático, em razão da sua «natureza híbrida», mas o mesmo vale para as obras literárias em geral: tanto há livros de poesia, como manuais técnicos de instruções. Onde traçar a linha? Caso a caso, claro está. Assim como há software e software, também há livros e livros. Não deixam ambos de ser coisas incorpóreas. E também não é por isso que devem ser automaticamente excluídos ou incluídos em regimes cujo âmbito de aplicação literalmente não os abrange. De todo o modo, da nossa parte, há muito que colocamos reservas à aplicação do regime da responsabilidade (objetiva) do produtor ao software, enquanto tal – bem como às demais coisas incorpóreas -, não obstante reconhecermos a sua «natureza híbrida» (cf. *Contratos de software*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio aos alunos do Curso de Direito da Comunicação no ano letivo 1995/1996)*, Coimbra, 1996). Não significa isto recusar liminarmente tal possibilidade, antes apenas formular uma posição de princípio. De resto, sendo a questão muito problemática, não deixa de ser significativo que o legislador, por via de imposição comunitária, altere a lei para incluir os produtos da caça, mas já nada diga a propósito das coisas incorpóreas, nomeadamente o *software*.

possibilidade de prescreverem a invalidade ou ineficácia dos contratos, em razão de serem celebrados por meios eletrónicos (art. 9.º, 1).¹

Todavia, a diretiva permite que os Estados-membros consagrem derrogações ao princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos relativamente a todas ou algumas das seguintes categorias contratuais: a) contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com exceção de direitos de arrendamento²; b) contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos³; c) contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua atividade comercial, empresarial ou profissional; d) contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (art. 9.º, 2).

Em face disto, parece que a validade do contrato-promessa em análise não poderia ser prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por meios eletrónicos.⁴ Porém, como referimos em nota, o considerando 36 da diretiva parece ainda acrescentar às exceções permitidas “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (36, *in fine*). Isto levanta várias questões. Desde logo, qual é o valor normativo dos considerandos da diretiva? A nosso ver poderão ter importância em sede de interpretação dos preceitos consagrados, mas não são, enquanto tais, disposições do ato comunitário. Depois, importa ainda esclarecer se a sujeição legal a reconhecimento ou autenticação notariais surge aqui enquanto requisito de validade do negócio ou antes apenas como sua condição de eficácia probatória, retomando-se a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*.

A este propósito cumpre referir que a lei interna do comércio eletrónico plasma o referido princípio da liberdade de celebração de contratos por via eletrónica, impedindo que a sua validade ou eficácia “seja prejudicada pela utilização deste meio” (art. 25.º, 1). Em derrogação ao princípio, o diploma acolhe todas as exceções permitidas pela diretiva e estabelece em forma de lei as explicitações constantes do considerando 36 no que respeita aos contratos que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exercem poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção

¹ Este princípio vale não apenas para a celebração dos contratos, mas também para todas as fases do *iter* contratual, isto é, todas as etapas e atos necessário ao processo contratual, de modo a remover sistematicamente todos os requisitos legais, nomeadamente de forma, suscetíveis de dificultar o recurso a contratos por via eletrónica e a tornar exequíveis os contratos celebrados por via eletrónica (cons. 34). Por outro lado, a consagração da liberdade de celebração de contratos por via eletrónica deverá ser realizada “de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário” (cons. 38). Pense-se, nomeadamente, nas exigências em matéria de cláusulas abusivas e contratos à distância.

² Não nos parece que a diretiva tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação, mas sempre se poderá dizer que a diretiva pretendeu justamente excluir os direitos de arrendamento dos direitos reais imobiliários, excepcionando-os da derrogação e não considerando o arrendamento um contrato real *quoad effectum*, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais imobiliários. Sobre o problema da natureza jurídica do arrendamento *vide*, por todos, Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

³ “Para que possam produzir efeitos em relação a terceiros”, acrescenta o considerando 36, que ressalva ainda expressamente “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (*in fine*). Note-se, porém, que a diretiva sobre comércio eletrónico não é aplicável às atividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem direta e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos, embora se reconheça que são do âmbito dos serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 5-d, 2º trav.), parecendo assim abrir a porta ao notariado eletrónico.

⁴ Já assim não sucederia tratando-se de uma promessa com eficácia real (Código Civil, art. 413.º).

condicione a produção de efeitos em relação a terceiros, e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais (art. 25.º, 2-b).¹ Isto é, a lei interna fez norma do considerando da diretiva. Significa isto que a promessa de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios eletrónicos?

Com efeito, poderia sustentar-se que o contrato-promessa de que cuidamos não pode ser celebrado por via eletrónica, uma vez que se exige reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pelo notário, da existência da respetiva licença de utilização ou de construção. Todavia, o acerto dessa posição é questionável, entendendo-se desde logo que a autenticação notarial constitui mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, uma vez que as exigências de valor probatório do documento² poderão ser satisfeitas através da aposição de assinatura eletrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas eletrónicas. Com efeito, em ambos os casos goza o documento de força probatória plena. Assim, a resposta dependeria antes da qualificação da referida formalidade. Se entendermos que se trata de formalidade *ad substantiam*, então a resposta seria negativa, no sentido de o contrato-promessa não poder ser celebrado por via eletrónica., mas se entendermos que se trata de formalidade *ad probationem*, então a validade formal do contrato não seria prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por via eletrónica, levantando-se a questão de saber se poderá encontrar a sua força probatória numa certificação eletrónica.

A este respeito interessa referir que a lei interna não apenas prescreve o princípio da liberdade de celebração de contratos por via eletrónica como ainda estabelece o princípio da equiparação do documento eletrónico ao documento escrito, dispondo que “as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (art. 24.º, 1), mais se acrescentando que “o documento eletrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura eletrónica e certificação” (art. 24.º, 2). Nos termos do diploma sobre assinatura eletrónica e certificação, o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como documento escrito (art. 3.º, 1); além disso, se lhe for aposta uma assinatura eletrónica qualificada, isto é, através de utilização de uma chave privada cuja correspondente chave pública conste de certificado público emitido por entidade certificadora credenciada, o documento eletrónico é equiparado ao documento particular assinado, fazendo prova plena do seu conteúdo e gozando das presunções de que a aposição da assinatura foi do respetivo titular ou seu representante, de que a mesma foi feita com a intenção de

¹ Além disso, o diploma interno não se limita a transpor a diretiva, uma vez que acrescenta ainda que “só tem de aceitar a via eletrónica para a celebração dum contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma”, sendo “proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores” (art. 25.º, 3 e 4).

² Sobre o problema do valor probatório dos documentos eletrónicos ver, nomeadamente, Miguel Teixeira de Sousa, *O valor probatório dos documentos eletrónicos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra, 2001, pp. 171 ss.

subscrever o documento e de que este não sofreu alteração posterior (art. 3.º, 3, art. 7.º, 1, e art. 376.º CC)^{1,2}

Isto significa que, para efeitos de força probatória, estes documentos são equiparados aos documentos particulares com reconhecimento notarial. Assim sendo, poderia dizer-se que o contrato-promessa de que tratamos não seria inválido por ter sido celebrado por via eletrónica e, além disso, teria força probatória plena por lhe ter sido aposto certificado emitido por entidade certificadora credenciada. Por esta via, dada a equivalência da força probatória, a formalidade *ab probationem* consubstanciada no reconhecimento presencial da assinatura do promitente seria satisfeita pela assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

Este grupo de casos permite compreender a importância das assinaturas eletrónicas para o desenvolvimento do comércio eletrónico. Tanto mais que os tempos são de informalização e de informatização dos procedimentos contratuais. Se a lei não exige mais documento autêntico ou autenticado para a validade do negócio e se a certificação eletrónica confere idêntico valor probatório ao reconhecimento notarial das assinaturas, então a informalização legal dos procedimentos negociais abriria aos prestadores de certificação um campo de ação considerável. Para além de todos os negócios cuja validade não dependia de documento escrito ou que se bastava com simples documento particular, a legislação franqueou as portas aos prestadores de certificação relativamente a uma série de domínios tradicionalmente reservados aos notários e à fé pública, mormente no campo do direito das empresas, com especial relevo para as sociedades comerciais e para os arrendamentos comerciais e equiparados.³

Todavia, são ainda vastos os domínios de reserva legal de intervenção notarial. Desde logo, é extensa a lista de atos que se devem celebrar por escritura pública prevista no art. 80.º do Código do Notariado. Neste sentido, o sistema de notariado latino, com as suas exigências de controlo preventivo *a priori*, reduzindo os litígios e cobrindo com a fé pública diversos e importantes domínios da atividade jurídica, confere ainda aos notários um papel indispensável.

Talvez por isso, o diploma do comércio eletrónico tenha feito lei do considerando da diretiva no sentido de excluir do princípio a que chamou “da admissibilidade” dos contratos por meios eletrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento. Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. O ponto, todavia, não é isento de dúvidas, pois não deixa de contrastar com o princípio geral de que a validade e a eficácia

¹ Além disso, gozam de eficácia *inter partes* e *erga omnes* a data e hora de criação do documento bem como a expedição ou receção de um documento eletrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade credenciada (art. 6.º, 2).

² É admitida a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrónicos, incluindo a assinatura eletrónica não conforme com as exigências previstas no diploma, desde que tal meio seja adotado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento (art. 3.º, 4).

³ Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de abril, possibilitou a realização de contratos de arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, bem o como trespasse e cessão de exploração de estabelecimento comercial através de contrato escrito, dispensando-se a escritura pública.

(e, acrescentaríamos, a força probatória) do negócio jurídico não podem ser prejudicadas pela utilização dos meios eletrónicos. De todo o modo, é um exemplo que ilustra bem a «abordagem maximalista» adotada pelo diploma de transposição em certos aspetos substanciais de regime. E que poderá ter o efeito económico de não promover o exercício de uma importante atividade pelas vias eletrónicas.

Contudo, não será neste ponto que a lei contraria a diretiva, que a permite (cons. 36), parecendo reservar este campo de ação aos notários e “abrindo as portas” ao notariado eletrónico. De resto, o Estatuto dos Notários¹ prevê a possibilidade de utilização pelos notários do “correspondente digital do selo branco, de acordo com o disposto na lei reguladora dos documentos públicos eletrónicos” (art. 21.º)², parecendo que tais atos notariais poderão já ser praticados por meios eletrónicos.³

5. Direitos do consumidor no comércio eletrónico

A lei do comércio eletrónico estabelece vários limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio eletrónico, através de normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor⁴, tais como, nomeadamente: a) é proibida a publicidade oculta (art.

¹ Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de fevereiro.

² Vide Joel T. Ramos Pereira, *Compêndio jurídico*, cit., p. 641.

³ Contudo, não nos parece que seja admitida entre nós a chamada escritura pública eletrónica. É verdade que no direito comparado registam-se experiências que conferem aos notários poderes de exarar escrituras públicas eletrónicas, autenticar documentos eletrónicos ou reconhecer assinaturas eletrónicas. Por exemplo, a lei francesa admite a escritura pública eletrónica e a lei italiana abre as portas à autenticação da assinatura digital (cf. Antonio Rodríguez Adrados, *La firma eletrónica*, Revista Jurídica del Notariado, Julio Septiembre, 2000, p. 171). Entre nós, não nos parece que a recente alteração legislativa tenha modificado a situação legal, no sentido de tornar possível a emissão eletrónica de documentos autênticos pelos notários (ver também, no direito espanhol, Juan Bolás Alfonso, *Firma Eletrónica, Comércio Eletrónico e Fe Pública Notarial*, Revista Jurídica del Notariado, Octubre-Diciembre, 2000, p. 63, sustentando que a “equiparación de la firma eletrónica a la firma manuscrita no equivale a la equiparación del documento privado al documento público”, e chamando também a atenção para a diferente lógica entre documentos particulares e documentos públicos e seu impacto social no que respeita ao dever de colaboração dos Notários com a administração fiscal - p. 64). É verdade que o diploma dos documentos eletrónicos prevê no art. 5.º, relativo aos documentos eletrónicos dos organismos públicos, que estes “podem emitir documentos eletrónicos com assinatura eletrónica qualificada aposta em conformidade com as normas do presente diploma” (n.º 1). Todavia, a equiparação do documento eletrónico ao documento escrito em termos de força probatória remete para os “documentos particulares” regulados no Código Civil (arts. 373.º ss) e não para os documentos autênticos aí definidos (arts. 369.º ss). Além do mais, não nos parece que tal seja possível nos termos do Código do Notariado (*vide* o nosso *Notários, certificadores e comércio eletrónico*, cit., pp. 18 ss).

⁴ Ao que parece, os preceitos de proteção do consumidor destinar-se-iam a “adoçar” a “proteção prevalente das empresas de informática” (Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 109)., mas, apesar de a proteção do consumidor justificar a imposição de limites à liberdade contratual eletrónica, a lei do comércio eletrónico não prevê uma noção de consumidor. Assim sendo, coloca-se a questão de saber se deverá valer a noção de consumidor constante da nossa lei geral do consumidor ou antes a que é prevista no texto da diretiva, que o define como sendo qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º, al. e), sendo certo que esta noção não é igual a outras noções de consumidor previstas noutras diretivas (falando-se, por isso, na noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário – *vide* os nossos *Comércio eletrónico*, cit., pp. 86 ss; *A proteção do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2000, pp. 59 ss). A questão não é meramente teórica, uma vez que o âmbito de proteção (subjativa) das normas poderá ser maior ou menor consoante a noção de consumidor em causa. Se a noção geral de consumidor do direito português for mais ampla ou mais estreita do que a noção prevista na diretiva sobre comércio eletrónico, então o diploma de transposição estará a ampliar ou a restringir o regime de proteção do consumidor que prevê. Em qualquer

21.º), o que de resto já resultava do princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias que é um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade¹; b) o envio automático de mensagens eletrónicas para fins de marketing direto depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º)²; c) são proibidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4)³; d) o fornecedor tem que colocar à

caso, poderá levantar-se a questão da sua conformidade com o direito comunitário, ora porque ampliando o círculo de beneficiários as medidas de proteção poderão ter efeitos restritivos da liberdade de prestação de serviços, ora porque restringindo-o a diretiva não terá sido corretamente transposta; nesta segunda hipótese, parece-nos todavia que o princípio da interpretação da lei nacional em conformidade com a diretiva levará a que a noção interna de consumidor deva abranger todos e apenas aqueles que poderiam beneficiar das medidas de proteção do consumidor previstas na diretiva, ainda que não necessariamente da proteção adicional estabelecida pelo diploma de transposição. Isto não significa porém que por via de interpretação se possa salvar sempre a conformidade de toda e qualquer lei de transposição com a respetiva diretiva comunitária (questão esta que, de resto, se coloca de um modo geral no que respeita à conformidade das leis com a constituição - vide A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, Studia Iuridica, 1, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 195-6). É dizer que a interpretação tem limites, pois que “a «correção do direito incorreto» não pode ir ao ponto de «criar direito legal» (J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 295). Sob pena de a letra da lei ser de todo dispensável. Por exemplo, se a lei diz que a encomenda só se torna definitiva com a confirmação dada pelo destinatário na sequência do aviso de receção, então não será razoável dizer que a encomenda inicial já é definitiva, e não apenas provisória, com o que isso significa em termos de regime. Além disso, se se exige que a confirmação seja dada na sequência do aviso de receção, então a regra da exigência de confirmação só faz pleno sentido para os casos em que o aviso de receção é imperativo, isto é, nas relações com consumidores. Por essa razão nos parece que esta condição legal suspensiva só vale imperativamente para os contratos eletrónicos de consumo.

¹ Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro (com alterações posteriores).

² Neste aspeto, a lei interna antecipou a transposição o art. 13.º da diretiva sobre privacidade e as comunicações eletrónicas (Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002).

³ Não é isenta de dificuldades a articulação desta proibição de cláusulas contratuais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores com o regime das cláusulas contratuais gerais (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 Diretiva 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). Com efeito, levanta-se desde logo o problema de saber se se trata de cláusulas proibidas ao nível do controlo da formação do acordo, o que levaria à sua exclusão dos contratos singulares, ou de cláusulas proibidas ao nível do conteúdo dos contratos, que são feridas de nulidade; nesta última hipótese, coloca-se ainda a questão de saber se são cláusulas absolutamente proibidas ou antes cláusulas apenas relativamente proibidas, sendo que a invalidade destas últimas varia consoante o “quadro negocial padronizado” (vide M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de outubro, Coimbra, 1990; J. Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573; António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Diretiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la diretiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)*, ROA 1986, p. 733; J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá, *Das Portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Missbräuchliche Klauseln in Verbräucherträgen*, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001). Em todo o caso, note-se que a proibição geral de cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores

disposição do consumidor dispositivos de identificação e correção de erros (art. 27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de receção (art. 28.º); e) o fornecedor deve acusar imediatamente receção da encomenda, salvo se proceder à imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 1 e 2); f) especial medida de proteção do consumidor é ainda a tão inovadora quanto problemática disposição nos termos da qual a encomenda só se considera definitiva com a receção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada na sequência do aviso de receção (art. 29.º, 5).¹

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respetivo regime², que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio eletrónico³, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) e da própria lei dos contratos à distância, que parece conceber normativamente a posição do prestador como estando na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, em termos gerais, 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).⁴

pode revelar-se extremamente problemática, em especial no domínio do comércio eletrónico direto B2C. O que, de resto, só agudizará a questão de saber se tal proibição estará em conformidade com o direito comunitário.

¹ Esta medida, para além das suas implicações na dogmática do momento da celebração dos contratos, porquanto parece introduzir uma condicionante para certos contratos eletrónicos de consumo, suscita questões delicadas em sede conformidade com as exigências jurídicas do mercado interno, *maxime* no que respeita às restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

² Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). Sobre este regime *vide*, nomeadamente, Miguel Pupo Correia, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, CDC/FDUC, 2002, pp. 165 ss; v. tb., no direito comparado, nomeadamente, M. Trochu, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179 ss; D. Valentino, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375; H. Köhler, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185; M. Martinek, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207; V. Zeno-Zencovich, *La tutela del consumatore del commerce elettronico*, DirInf 3/2000, p. 439.

³ Para uma análise dos deveres de informação no comércio à distância, incluindo o comércio eletrónico, tal como previstos nos instrumentos comunitários, *vide* Paulo Mota Pinto, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância (Notas sobre o direito comunitário em vigor)*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, CDC/FDUC, 2003, pp. 183 ss. Estes deveres de informação dão corpo ao chamado «princípio da transparência» no comércio eletrónico (cf. o nosso *Princípios*, cit., pp. 87 ss), cumprindo, neste domínio, o “imperativo da transparência” e reforçando o seu valor de “candidato natural” a um acervo comunitário do direito dos contratos (Joaquim de Sousa Ribeiro, *O princípio da transparência no direito europeu dos contratos*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, cit., pp. 137-162).

⁴ Sobre a natureza jurídica deste direito *vide* Enrique Rubio Torrano, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, cit., pp. 71 ss (definindo-o como “derecho de desistimiento *ad nutum*”). Em nossa opinião, tendo em conta a dogmática civilística, tratar-se-á de uma condição legal resolutiva (*vide* Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., 366 ss), de natureza imperativa, potestativa e arbitrária (*vide* Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 556 ss). Estaremos aqui perante uma

A proteção do consumidor resulta ainda de um regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que o consumidor poderá intentar ações contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respetiva legislação, nos termos do regulamento comunitário sobre competência judiciária em ações civis e comerciais, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.¹ Pelo que, como referimos: “Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições

condição potestativa *verdadeiramente* arbitrária, uma vez que, ao contrário aliás da segunda modalidade da venda a contento (art. 924.º, 1, do Código Civil), mas já semelhante à venda a retro (art. 927.º do Código Civil), o comprador não tem sequer que declarar que a coisa não lhe agrada (situação análoga se passa, aliás, com a não confirmação da encomenda, se bem que aqui a condição seja suspensiva). Ao que não será estranha, de resto, a natureza imprópria desta condição, resultante da sua origem legal, que introduz um desvio aos “cânones” clássicos por razões de proteção do consumidor. O que, todavia, não constitui obstáculo a uma revisão do Código Civil que integre o direito consumidor, à semelhança de experiências jurídicas no direito comparado, nomeadamente a holandesa e a germânica. Claro está, todavia, que poderá entender-se que o direito do consumidor se aproxima mais do direito comercial ou, pelo menos, do direito das empresas, já que as relações jurídicas de consumo pressupõem a existência de um profissional (ainda que não comercial), isto é, o direito do consumidor não entra nas relações entre “particulares” (ou consumidores), sendo por isso uma forma de regulação de atividades económicas e fonte de respetivos custos de transação, isto é, em suma, «direito do mercado» (sobre isto *vide* C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Por conseguinte, poderia localizar-se o direito do consumidor também numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação mercantil das práticas empresariais (incluindo a atividade dos profissionais liberais e de outros agentes económicos hoje legalmente não comerciais, como os agricultores) ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas (*vide* Luís M. T. de Menezes Leitão, *A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 163 ss). Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial (art. 260.º), seria realocizada ou numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau - *vide* o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou autonomizada num regime das práticas concorrenciais, à semelhança da experiência germânica. De resto, no direito alemão a proteção do consumidor foi incluída também no círculo de proteção (*Schutzzwecktrias*) do direito da concorrência (*vide* H. Köhler, *UWG-Reform und Verbraucherschutz*, GRUR 4/2003, pp. 265 ss), falando-se a propósito de uma “mudança de função” do direito da concorrência desleal (H.-W. Micklitz / J. Keßler, *Funktionswandel des UWG*, WRP 8/2003, pp. 919 ss).

¹ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, e Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). Para desenvolvimentos sobre esta matéria veja-se o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001*, cit., pp. 638 ss, e, sobretudo, António Marques dos Santos, *Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente*, e Luís de Lima Pinheiro, *Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet*, ambos in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., respetivamente pp. 107 ss e pp. 171 ss; Marta Requejo Isidro, *Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable*, BFD LXXIX, 2003, pp. 581 ss; Dário Moura Vicente, *Comércio eletrónico e competência internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, pp. 903-915 (crítico em relação aos efeitos restritivos de uma regra de competência do foro do consumidor amplamente concebida no Regulamento 44/2001); v. tb. Idem, *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas Convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectivas de reforma*, in *Estudos de Direito do Consumo*, Almedina, 2002, pp. 107-130; Elsa Dias Oliveira, *A Proteção dos Consumidores*, cit., *passim*, *Lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores através da Internet e tribunal competente*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 219 ss, e *Tutela do consumidor na Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 353-357. Sobre os meios alternativos (administrativos, mediação e arbitragem em linha, e procedimentos *sui generis*) de resolução de litígios de «consumo eletrónico» *vide* Dário Moura Vicente, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio eletrónico*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 145-183.

quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão.”

¹ O regime de jurisdição favorável ao consumidor não cede, em princípio, face à regra do controlo no país de origem, que admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.²

A atividade de prestação de serviços da sociedade da informação³ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, no sentido de que não depende de autorização prévia (art. 3.º, 3). Além disso, com exceção das situações previstas no art. 6.º, o exercício desta atividade fica sujeita ao princípio do país de origem, no sentido de que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam sujeitos à lei

¹ *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001, p. 281. Para evitar tal resultado, é conveniente que o oferente delimite territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados – cf. Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in *Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana*, Luiz Otávio Pimentel (Org.), Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001, p. 282 (“el comerciante (...) deberá el mismo concretar en la publicidad que sitúa en la red, los Estados a los que la oferta va dirigida o excluir expresamente aquellos para los que no va orientada. Esto es delimitar el territorialmente mercado de sus productos o servicios.”).

² Sobre o sentido e limites da sujeição ao respeito pelo direito comunitário do controlo no país de destino dos seus padrões normativos de defesa do consumidor veja-se o nosso *A proteção do consumidor*, cit., em especial pp. 82 ss.

³ Estes serviços são definidos como qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de atividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4). De todo o modo, como refere Oliveira Ascensão: “Tudo é metafórico nestas noções. Prestador ou provedor de serviços da *sociedade da informação* não diz nada” (in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 105). É por isso necessário atender também ao preâmbulo da diretiva. Nos termos do considerando 18, os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de atividades económicas, que podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha e na possibilidade de celebrar contratos em linha; além disso, abrangem também, tratando-se de uma atividade económica, serviços que não são remunerados pelo respetivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Igualmente abrangidos na noção de serviços da sociedade da informação estão os serviços de transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, bem como os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico. Pela negativa, esta noção não abrange os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Diretiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados, nem as atividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Também excluída desta noção é a radiodifusão televisiva, na aceção da Diretiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, uma vez que não são prestados mediante pedido individual. Considera-se ainda que a utilização do correio eletrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. Também nesta definição não cabem nem a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal nem as atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios eletrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente. A ilustração exemplificativa prevista na diretiva sobre comércio eletrónico, não apenas em termos negativos, mas também em termos positivos, deverá servir de auxiliar interpretativo na concretização da noção de serviços da sociedade da informação.

portuguesa relativa à atividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1). Este princípio destina-se a promover a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Todavia, são ressalvadas certas exigências legais, nomeadamente em matéria de proteção dos consumidores, que podem colocar obstáculos a essa liberdade. Com efeito, o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de proteção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5).

Segundo o teor literal da norma, só as disposições restritivas compatíveis com o disposto no diploma de transposição poderão ser aplicadas. *Prima facie*, poderia dizer-se, por isso, que o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio eletrónico em detrimento da proteção dos consumidores. Contudo, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da diretiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em protecionismo económico contrário à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de proteção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo. Ora, justamente, não é certo que as medidas, algo «maximalistas», de proteção do consumidor previstas no diploma de transposição possam ser consideradas conformes ao direito comunitário. Vejamos.

6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de proteção

A proteção do consumidor é um dos objetivos principais da diretiva sobre comércio eletrónico. Logo nos trabalhos preparatórios¹ a Comissão atribuiu ao consumidor um papel de «protagonista principal» do comércio eletrónico. Ao mesmo tempo, porém, a diretiva pretende assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, sendo que a proteção do consumidor poderá constituir, justamente, um obstáculo a essa liberdade. Além disso, a política comunitária

¹ Ver *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

de defesa do consumidor¹ no comércio eletrónico gera efeitos protecionistas numa ótica de comércio livre à escala global, como já observámos.²

Ora, a transposição da diretiva deveria pressupor a compreensão dos termos em que o nível de proteção do consumidor é prosseguido pelo legislador comunitário, em articulação com o objetivo de assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.³ O preâmbulo da diretiva é bem elucidativo de como a política de proteção do consumidor informa o texto normativo⁴. O considerando 7 diz que é essencial que a diretiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspetos legais do comércio eletrónico no mercado interno, “a fim de garantir a *segurança jurídica e a confiança do consumidor*”. Além disso, nos termos do considerando 10, *a diretiva deve assegurar um alto nível de proteção* dos objetivos de interesse geral, nomeadamente *a defesa do consumidor*. Nesse sentido, o considerando

¹ Sobre o impacto do direito do consumidor (e sua possível diluição) no direito privado, *vide* Hans-W. Micklitz, *The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU*, in *German Law Journal*, vol. 4, 10/2003. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o direito do comércio eletrónico, o qual em diversos aspetos consagra soluções de harmonização do direito privado (cf. J. Sinde Monteiro, *Assinatura eletrónica e certificação*, cit.). Porém, no sentido de que “a diretiva regula o comércio eletrónico. Só o comércio poderia estar previsto. Aliás, só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum. A entender-se assim, a ambiguidade comunitária deve resolver-se no sentido de só englobar os contratos comerciais (com a extensão já referida aos “empresariais” e profissionais).” (Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 112). Receamos, porém, que o direito privado comum não seja de todo “imune” à harmonização comunitária, a menos que se entenda que o direito privado comum não abrange as atividades económicas privadas, o que se afigura muito duvidoso. De todo o modo, não é por acaso que os atos de harmonização comunitária com impacto no direito privado se fundamentam geralmente na necessidade de defesa do consumidor, pois que é este justamente um domínio para o qual a Comunidade tem competência (*vide*, em especial, o art. 153º do Tratado de Roma, na versão atualizada pelo Tratado de Amesterdão) aí encontrando base legal para a sua atuação. Assim, ao lado de um direito privado comum geral brota da fonte comunitária um direito privado comum especial, destinado a regular as relações económicas privadas entre profissionais e consumidores no mercado interno (de resto, deve-se a este acervo comunitário boa parte da atual “europeização” do direito privado, não obstante o seu caráter fragmentário e por vezes incoerente, que aliás poderá justificar um instrumento codificador: *vide* Jorge de Sinde Monteiro, “Conclusões”, *Um Código Civil para a Europa / A Civil Code for Europe / Un Code Civil pour l’Europe*, Studia Iuridica, 64, Colloquia 8, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 291 ss e *passim*; sobre o papel do direito do consumidor para o desenvolvimento do direito civil europeu v. tb., por ex., K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533 ; para uma análise da influência do direito do consumo no sistema jurídico, *vide* N. Sauphanor, *L’Influence du droit de la consommation sur le système juridique* (pref. de Jacques Ghestin), L.G.D.J., Paris, 2000). Não havendo razões que justifiquem o alargamento deste regime às relações apenas entre profissionais (ou a alguns deles, como sejam os comerciantes) ou às relações apenas entre consumidores (que, de resto, não existem juridicamente), agudiza-se o problema da noção de consumidor, enquanto tipo subjetivo essencial do âmbito normativo de proteção. Sobre a questão, no quadro da Lei do consumidor, Paulo Duarte, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*, BFD 75(1999), pp. 649-703.

² Cf. *A Globalização, a OMC e o comércio eletrónico*, in *Temas de Integração*, n.º 14, Almedina, Coimbra, 2002, p. 147.

³ Além disso, seria importante que a política legislativa levasse em conta a importância estratégica do direito do consumidor neste domínio. *Vide* o nosso *A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a proteção do consumidor segundo a diretiva sobre comércio eletrónico: um contributo para a transposição do ato comunitário*, in *Manual de Integração Regional*, Daniel Amin Ferraz (coord.), Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004, pp. 433 ss (texto de apoio à comunicação apresentada no *Colóquio Justiça e Defesa do Consumidor*, realizado no 21 de junho de 2002, em Coimbra (FDUC), sob organização do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) em parceria com o Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, também disponível em www.verbojuridico.net/doutrina).

⁴ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso *A proteção do consumidor*, cit., pp. 43 ss.

11 esclarece que a diretiva não prejudica o nível de proteção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários. Neste contexto, especial destaque é dado, nomeadamente, à diretiva sobre cláusulas abusivas¹ e à diretiva sobre contratos à distância², considerando-se que estas diretivas constituem um elemento essencial da proteção do consumidor em *matéria contratual* e que se aplicam igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação; mais se acrescenta que a diretiva sobre comércio eletrónico é complementar dos *requisitos de informação* fixados nestas diretivas, e em especial na Diretiva 97/7/CE.³

Dentro das *regras complementares* previstas pela diretiva sobre comércio eletrónico em matéria de contratos celebrados por meios eletrónicos interessa referir uma sobre *informações a prestar* e outra sobre a *ordem de encomenda*. Por um lado, o art. 10.º dispõe uma norma imperativa para os contratos eletrónicos de consumo, nos termos da qual, para além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, no mínimo, o prestador de serviços deverá prestar em termos exatos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: a) as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato; b) se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível; c) os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda; d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado; e) indicação dos eventuais códigos de conduta de que o prestador é subscritor e a forma de consultar eletronicamente esses códigos; além disso, os termos contratuais e as condições gerais

¹ Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

² Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Os serviços financeiros, excluídos do âmbito de aplicação da diretiva sobre contratos à distância, são objeto da Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

³ Como outros instrumentos comunitários que fazem igualmente parte desse acervo são indicados a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Diretiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Diretiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspetos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («*time-sharing*»), a Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

Quanto à *ordem de encomenda*, o art. 11.º prescreve uma norma imperativa para os contratos com consumidores, nos termos da qual sempre que o destinatário de um serviço efetue a sua encomenda exclusivamente por meios eletrónicos, devem aplicar-se os seguintes princípios: 1.º o prestador de serviços tem de acusar a receção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios eletrónicos; 2.º a encomenda e o aviso de receção consideram-se recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes; além disso, o prestador de serviços deverá pôr à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

Estas regras são complementares em relação ao acervo comunitário do direito contratual do consumo. De resto, a diretiva afirma-se *complementar*¹ da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de proteção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes. Trata-se, porém, de uma *complementaridade relativa*, uma vez que tais atos são apenas ressalvados na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 3, *in fine*).

Esta ressalva dirige-se, principalmente, aos atos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagrem medidas de proteção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima dos instrumentos comunitários. Assim, por exemplo, a diretiva sobre *contratos à distância* com consumidores prevê um prazo mínimo de “*rescisão*” do contrato (sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo) de 7 dias úteis (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta diretiva² alargou o prazo mínimo para 14 dias. Ora, poderá o diploma interno de transposição da diretiva restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação?³

Um outro exemplo encontra-se em matéria de *cláusulas abusivas*. A diretiva sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores estabelece

¹ Um outro domínio em que se projeta a natureza complementar do regime instituído pela diretiva é a *comunicação comercial*. A este propósito considera-se que a comunicação comercial é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos, esclarecendo o considerando 29, todavia, que a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, deve respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência, no interesse dos consumidores e da lealdade das transações, que acrescem aos já previstos em outras diretivas, em especial a Diretiva 97/7/CE e a Diretiva 98/43/CE. As obrigações relativas à *transparência* estão previstas no art. 6.º relativo às informações a prestar. Ainda em matéria de comunicações comerciais, é incentivada a colocação de “filtros” *antisspam* por parte das empresas e ressalva-se a necessidade de, em qualquer caso, as comunicações comerciais não solicitadas serem claramente *identificáveis* enquanto tais (ver art. 7.º), esclarecendo-se que, quando enviadas por correio eletrónico, não devem implicar *custos adicionais* para o destinatário. Sobre o problema das comunicações comerciais na Internet, mais recentemente, vide T. Hoeren, *Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG*, MMR 10/2004, pp. 643 ss.

² Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril.

³ No sentido de que “só a prática levará a concluir se o estabelecido para os contratos a distância é suficiente ou reclama adaptações no domínio do comércio eletrónico”, Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 110.

um critério geral de apreciação, nos termos do qual uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual será considerada abusiva quando, a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (art. 3.º, 1). Trata-se, portanto, de uma *cláusula geral*, cuja concretização deverá ser realizada no caso concreto em função dos critérios definidos. Nesse sentido, o art. 3.º, 1, limita-se a remeter para uma *lista indicativa* e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Isto significa que os exemplos de cláusulas previstas na lista contida no anexo têm um valor meramente ilustrativo e *não são de aplicação imediata*, uma vez que pressupõem a verificação no caso concreto dos critérios contidos na cláusula geral, em especial a contrariedade à boa-fé. Ora, a nossa lei das cláusulas contratuais gerais (e individuais) abusivas transpôs a diretiva, mas conservou o sistema de cláusulas absolutamente proibidas, quer nas relações entre empresários e entidades equiparadas quer nas relações com consumidores (arts. 18.º, 20.º e 21.º). Isto significa que, enquanto na diretiva a qualificação de uma cláusula como abusiva está sujeita a apreciação no caso concreto ainda que conste da lista indicativa, o mesmo não sucede na lei portuguesa no que toca às listas negras. Pelo que se coloca a questão de saber se a lei portuguesa poderá ter por efeito restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, a qual poderá prevalecer sobre o nível de proteção do consumidor adotado pelo legislador nacional para além dos mínimos garantidos pelo acervo comunitário.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as especiais medidas de proteção do consumidor estabelecidas pelo diploma de transposição em acréscimo às regras já previstas na diretiva sobre comércio eletrónico. Pense-se, nomeadamente, na proibição de cláusulas que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores (art. 25, 4) e na regra segundo a qual a encomenda só se considera definitiva com a receção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada pelo consumidor na sequência do aviso de receção (art. 29.º, 5). Independentemente da qualificação rigorosa destas regras, poderá a sua conformidade com o direito comunitário ser garantida?¹

7. Limites comunitários à proteção interna do consumidor

Ora, a cláusula “mercado interno” prevista no art. 3.º prevê o *princípio do controlo do país de estabelecimento*, nos termos do qual compete a cada Estado-Membro assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no

¹ Poderá dizer-se, todavia, que o juízo de conformidade depende justamente dessa qualificação. Por exemplo, poderá sustentar-se que não existem problemas de conformidade se a exigência de confirmação for entendida uma mera “cautela técnica” sem relevo jurídico para a economia do contrato. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, se se entender que a proibição de cláusulas que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores é uma cláusula apenas relativamente proibida. De resto, a propósito desta proibição, não resulta claramente da lei que ela vale apenas para as relações com consumidores. Nada obsta, com efeito, a que em acordos de distribuição o concedente imponha ao concessionário a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores, até para dessa forma poder controlar melhor a sua faturação. Por outras palavras, não é claro que o art. 25.º, 4, se aplique apenas às relações com consumidores. Tendo em conta a formulação literal da norma, até se poderá dizer que a referida proibição não visa estas relações, mas apenas as relações entre profissionais. Pelo que, assim sendo, o problema da sua conformidade com o direito comunitário por excesso de proteção do consumidor nem sequer se colocaria., mas não nos parece que tal proibição não se dirija também diretamente às relações com consumidores.

seu território¹ cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no *domínio coordenado*². Nesse sentido, os Estados-Membros não poderão, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

Esta solução é baseada no entendimento segundo o qual o controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da atividade, a fim de garantir uma proteção eficaz dos interesses gerais, sendo necessário, para isso, que a autoridade competente assegure essa proteção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade; considera-se ainda que para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem (considerando 22).

Porém, a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Desde logo não se aplica aos domínios a que se refere o *anexo*, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato³ e

¹ Nos termos do considerando 19, “a determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas atividades relacionadas com esse serviço específico.” Assim, por ex., uma empresa não se considera localizada em Portugal por ter um nome de domínio .pt (cf. Oliveira Ascensão, in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 106). O critério comunitário de determinação do local de estabelecimento foi acolhido sob a forma de norma pelo diploma de transposição (art. 4.º, 2 e 3).

² O domínio coordenado é definido no art. 2.º-h) como as exigências fixadas na legislação dos Estados-Membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços. Assim, pela positiva, o domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviços tem de observar, no que se refere: ao exercício de atividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações (1), à prossecução de atividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços (2). Pela negativa, o domínio coordenado não abrange exigências tais como as aplicáveis: às mercadorias, enquanto tais (1), à entrega de mercadorias (2), e aos serviços não prestados por meios eletrónicos (3). O considerando (21) esclarece ainda que “o âmbito do domínio coordenado é definido sem prejuízo de futura harmonização comunitária em matéria de sociedade da informação e de futura legislação adotada a nível nacional conforme com o direito comunitário. O domínio coordenado abrange exclusivamente exigências respeitantes a atividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os contratos em linha, e não diz respeito aos requisitos legais exigidos pelos Estados-Membros em relação às mercadorias, tais como as normas de segurança, as obrigações de rotulagem ou a responsabilização pelos produtos, ou as exigências dos Estados-Membros respeitantes à entrega ou transporte de mercadorias, incluindo a distribuição de produtos medicinais. O domínio coordenado não abrange o exercício do direito de preempção por parte de entidades públicas relativamente a determinados bens, tais como obras de arte.”

³ O art. 1.º, 4, prevê que a diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais, e o considerando 23 acrescenta que o disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação nos termos constantes da diretiva. Todavia, no considerando 22, 4

as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores¹. Além disso, entende-se ser legítimo que, em certas condições fixadas na diretiva, os Estados-Membros (de recepção) possam adotar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, admite-se que os Estados-Membros exerçam um *controle adicional*, tomando medidas derogatórias do princípio da liberdade de prestação de serviços em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições, a saber:

1) as medidas devem ser *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores*, incluindo os investidores² (a), devem tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese tais objetivos (b1), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objetivos (b2) e devem ser *proporcionais* a esses objetivos (c).

2) a adoção destas medidas restritivas fica sujeita, exceto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. Com efeito, previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os atos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve ter solicitado ao Estado-Membro de origem do serviço que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas (a) e ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro de origem a sua intenção de tomar tais medidas (b). Em *caso de urgência*, é previsto um procedimento nos termos do qual os Estados-Membros podem não cumprir o referido procedimento de notificação, devendo, todavia, notificar as medidas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro de origem, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.

Em qualquer caso e sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, essas medidas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior

período, lê-se que “a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido.” Porém, o princípio afirmado neste considerando parece ser contrário ao princípio que vigora em matéria de proteção dos consumidores, em que a determinação do tribunal competente e da lei aplicável parecem nortear-se pelo critério da residência do consumidor (sobre as questões do tribunal competente (e da lei aplicável) nos contratos celebrados com consumidores pela Internet *vide*, para além das referências acima indicadas, o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição*, cit., pp. 281 ss). Além disso, ainda em matéria de *lei aplicável*, a consideração (55) de que a diretiva não afeta a legislação aplicável às *obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores* significa que a diretiva não poderá ter como resultado privar o consumidor da proteção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual. A este respeito, o considerando 56 esclarece que as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores abrangem as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

¹ No sentido de que esta exclusão não estabelece nenhuma clareza jurídica efetiva, M. Lehmann, *Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2000, 17/1, p. 114.

² Neste sentido, em matéria de *serviços financeiros*, o considerando 27 esclarece que a faculdade conferida pela diretiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.¹

Em nossa opinião, este juízo de conformidade de tais medidas com o direito comunitário não se destina a verificar a observância do direito comunitário derivado em matéria de direito dos consumidores, mas antes a sua conformidade com os critérios de adoção de medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços no mercado interno.²

8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor

De todo o modo, note-se que a produção do direito comunitário é operada num sistema de poderes atribuídos. Com efeito, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a “Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em favor da qual os Estados limitaram os seus poderes soberanos, ainda que em áreas limitadas”³. Na sua relação com as ordens jurídicas internas dos Estados-membros, o Tribunal firmou os *princípios da supremacia do direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais*⁴. Sendo

¹ Este procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adotadas a nível nacional por razões de proteção de saúde pública. Pense-se, por ex., na proibição de venda de medicamentos pela Internet. Segundo a jurisprudência comunitária (TJCE, caso C-322/01, de 11 de dezembro de 2003, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), apesar de não ser posta em causa a proibição de venda de medicamentos fora das farmácias, a lei interna deverá ser interpretada no sentido de que a proibição de venda de medicamentos pela Internet será restrita aos medicamentos que carecem de receita médica. Sobre o tema, vide os nossos *Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet, e Saúde pública e liberdade económica: aspetos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos*, ambos in *Lex Medicinæ* (Revista Portuguesa de Direito da Saúde), 2004, respetivamente n.º 1, pp. 33 ss, e n.º 2, pp. 47-8, nota 24.

² Para desenvolvimentos sobre este problema ver os nossos *Comércio eletrónico*, cit., pp. 69 ss, e *A proteção jurídica do consumidor*, cit., pp. 82 ss.

³ Caso 26/62, 5.2.1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse*), ECR 1963, p. 8; v. ainda, por ex., caso 143/83, 30.1.1985 (*Commission v. Denmark*), ECR 1985, p. 427.

⁴ Caso 6/64, 15.7.1964 (*Costa v. Enel*), ECR 1964; caso 14/48, 13.2.1969 (*Wilhelm v. Bundeskartellamt*), ECR 1969, p. 1; caso 106/77, 9.3.1978 (*Simmenthal*), ECR 1978, p. 629; caso C-213/89, 19.6.1990 (*Factortame*), Rec. 1990, p. 2434. A reação dos Estados-membros a esta jurisprudência comunitária permitiu afirmar o princípio da “supremacia absoluta sobre o direito nacional” (T.C. Hartely, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Clarendon, 1988, p. 219), traduzindo-se na precedência da aplicação das normas comunitárias sobre as normas nacionais conflituantes., mas isto não deve entender-se como prevalência sobre a Constituição: “Como quer que seja concebida a prevalência do ‘direito supranacional’ sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele *não pode prevalecer sobre a Constituição*, antes tem de ceder perante ela [...], *qualquer que seja a natureza ou a origem da norma*” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90). Isto significará, a nosso ver, considerando o valor constitucional do direito dos consumidores em Portugal (v. arts. 52.º, 60.º, 81.º e 99.º CRP), que as exigências do mercado interno não poderão sobrepor-se ao núcleo de tutela constitucional dos direitos dos consumidores, nomeadamente a autodeterminação económica do consumidor (vide J. Drexel, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998). Todavia, note-se que, não obstante os direitos dos consumidores integrarem os chamados *direitos fundamentais de quarta geração* (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 93), e de se inserirem “num processo de constitucionalização do direito privado”, apenas “têm uma força jurídica relativa” (J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, BFD LXXVIII, 2002, p. 62, tb. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 139 ss).

que na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”¹.

No quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as diretivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade direta, no sentido de que requerem uma “forma especial de receção” posterior da parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respetivas ordens jurídicas internas.² Além disso, as diretivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*.³, mas, não é absoluta a liberdade de meios dos Estados-membros na transposição das diretivas para as respetivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela diretiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adoção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar”⁴.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as diretivas terem *efeito direto* (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública nacional prevalecer-se da sua não transposição.⁵ A isto acresce o princípio da responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das diretivas.⁶ De extrema importância quanto ao valor jurídico das diretivas é, ainda, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da diretiva*. Ainda nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da diretiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adotada na transposição da diretiva em conformidade com os requisitos do

¹ P. J. Kapteyn/P. Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 86. Ver, por ex., caso 199/82, 9.11.1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10.7.1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

² Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha diretamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo* da organização [internacional] preveja tal poder normativo. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189º do Tratado, mas já não, em princípio, as *diretivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, cit., p. 89).

³ Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adotadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13.12.1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

⁴ Caso 38/77, 23.11.1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212. Considerando que o prazo de transposição é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6.5.1980 (*Comission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

⁵ Ver caso 148/78, 5.4.1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26.2.1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15.5.1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12.7.1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Os requisitos do efeito direto das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjetivos para os particulares) têm sido interpretados, no que respeita ao seu alcance, como gerando apenas efeito direto vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito direto contra qualquer autoridade pública.

⁶ Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”¹. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a diretiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela.²

Além disso, interessa saber em que termos tem a Comunidade competência para adotar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor. Segundo o Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão atualizada pelo Tratado de Amsterdão, a Comunidade tem competência para cuidar da proteção dos consumidores (vide arts. 3.^{o3}, 95^{o4} e, em especial, o *artigo 153^{o5}* que compõe o Título XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Segundo a interpretação que fazemos do direito comunitário primário do consumidor, podemos enunciar cinco princípios cardinais:

1.^o - o princípio da competência comunitária para adotar medidas diretamente destinadas à defesa dos consumidores;

2.^o - o princípio do dever de considerar as questões de defesa dos consumidores no que respeita a outras matérias não diretamente levadas a cabo para o efeito;

3.^o - o princípio da prossecução de um elevado nível de defesa dos consumidores em matéria de harmonização dos padrões normativos;

4.^o - o princípio da harmonização mínima ou da não harmonização completa, uma vez que os Estados-Membros podem adotar medidas de proteção mais estritas;

5.^o - o princípio de que as medidas nacionais de proteção do consumidor devem estar de acordo com o direito comunitário primário, no sentido de não serem desnecessárias, inadequadas e desproporcionais em relação ao fim de proteção do consumidor, constituindo assim uma restrição injustificada às liberdades do mercado único (*rule of reason*).⁶

¹ Caso 14/83, 10.4.1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

² Caso C-106/89, 13.11.1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

³ Artigo 3^o - 1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2^o (fins da comunidade: em especial mercado único e união económica e monetária), a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

⁴ *Artigo 95^o* (ex-artigo 100^o-A) (...)3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n^o 1 em matéria de saúde, de segurança, de proteção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respetivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objetivo.

⁵ *Artigo 153^o* (ex-artigo 129^o-A) - 1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da Comunidade. 3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objetivos a que se refere o n^o 1 através de: a) Medidas adotadas em aplicação do artigo 95^o no âmbito da realização do mercado interno; b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros. 4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251^o e após consulta ao Comité Económico e Social, adotará as medidas previstas na alínea b) do n^o 3. 5. As medidas adotadas nos termos do n^o 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.

⁶ Na síntese do Tribunal de Justiça (acórdão de 30 de novembro de 1995, Gebhard, proc.^o C-55/94, Col. p. I-4165, cit. in *O comércio eletrónico em Portugal*, cit., p. 137), “as medidas nacionais suscetíveis de afetar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões

9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno

Em vista disto, parece-nos que se deve reconhecer a existência de uma *margin de aplicação* do referido procedimento de controlo apertado aos atos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagrem medidas de proteção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima de tais instrumentos. Com efeito, o art. 1.º, 3, da diretiva estabelece a *complementaridade* das regras que prescreve relativamente ao direito comunitário do consumidor e aos atos de legislação nacional de aplicação desse direito, ressalvando, todavia, que não poderão ter por efeito *restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação*.

Articulando esta ressalva com o *procedimento de controlo apertado* da conformidade das medidas restritivas com o direito comunitário, poderá a Comissão considerar que um ato de legislação nacional que consagre uma medida de proteção do consumidor mais elevada do que o mínimo previsto no instrumento comunitário que transpõe se mostre contrário ao direito comunitário, ao restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação. Vale isto por dizer que *a especial natureza* dos serviços da sociedade da informação poderá justificar que os atos de legislação nacional que consagrem medidas de proteção do consumidor mais elevadas do que os mínimos garantidos pelos instrumentos de harmonização comunitária possam ser considerados contrários ao direito comunitário. Pense-se, no quadro da legislação portuguesa, nos exemplos acima referidos (prazo do direito de livre resolução do consumidor nos contratos à distância, proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação eletrónica, exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade).

Poderá a Comissão considerar que a aplicação destas normas aos serviços da sociedade da informação se traduz numa restrição injustificada da livre prestação deste tipo de serviços no mercado interno, apesar de serem adotadas em atos de legislação nacional que transpõem instrumentos comunitários de harmonização mínima?

Em abstrato, inclinamo-nos para a resposta afirmativa, na medida em que tais atos integram o domínio coordenado da diretiva sobre comércio eletrónico. Pense-se, nomeadamente, no entrave que representa a proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação eletrónica nas situações de comércio eletrónico direto; de igual modo, também nos parece problemática a exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade.

Com efeito, não estamos seguros de que a proteção do consumidor seja razão justificativa suficiente dos efeitos restritivos à liberdade de prestação de serviços potencialmente produzidos por tais regras. Em todo o caso, da decisão da Comissão caberá recurso para as instâncias judiciais comunitárias. Isto não significa que à Comissão seja atribuída apenas uma *função adaptadora e corretiva* das legislações nacionais do direito do consumidor às *exigências próprias* dos serviços da sociedade da informação.

imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objetivo que prosseguem e não ultrapassem o que é necessário para atingir esse objetivo.”

Com efeito, o art. 21.º incumbe a Comissão de elaborar um *relatório* sobre eventuais lacunas de legislação neste domínio. De resto, logo no considerando 65 se diz que a Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma proteção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis *lacunas* dessa legislação e os aspetos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais; se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas.¹

Além disso, o próprio *acervo comunitário* do direito do consumidor parece estar sujeito ao procedimento de controlo apertado da comissão². A este respeito é de destacar a referência do considerando 53 ao mecanismo para as *ações inibitórias* em matéria de proteção dos interesses coletivos dos consumidores previsto na Diretiva 98/27/CE (considerada aplicável aos serviços da sociedade da informação). Considera-se que esse mecanismo assegurará um elevado nível de proteção dos consumidores ao contribuir para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Parece assim que a aplicabilidade deste mecanismo estará sujeita à ressalva de não restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, como refere o art. 1.º, 3. Também aqui a Comissão terá um papel relevante na procura de um *equilíbrio* entre a garantia de um “elevado nível de proteção dos consumidores” e a liberdade de circulação dos serviços da sociedade da informação, tendo em conta a *especial natureza* destes serviços e o *relevo económico e mercantil* do direito do consumidor.³

Em suma, a diretiva sobre comércio eletrónico parece assentar no entendimento segundo o qual, embora a proteção dos consumidores seja matéria integrante do interesse geral de cada Estado-Membro, as leis nacionais de defesa dos consumidores, na medida em que façam parte do domínio coordenado, estarão sujeitas ao escrutínio da sua conformidade com o direito comunitário, atenta a especial natureza dos serviços da sociedade da informação e em ordem a assegurar a liberdade de prestação destes serviços no mercado interno, ainda que tais atos de legislação nacional tenham sido adotados em conformidade com instrumentos comunitários de harmonização mínima. De resto, parece que os

¹ Esta incumbência de a Comissão analisar as lacunas de legislação em matéria de proteção do consumidor no comércio eletrónico é adotada tendo em conta a Resolução do Conselho de Ministros, de 19 de janeiro de 1999, sobre os *aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação*, a qual salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. Em conformidade, o art. 21.º, 1, dispõe que antes de 17 de julho de 2003 e, seguidamente, de dois em dois anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente diretiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, em especial em matéria de prevenção do crime, de proteção de menores e dos consumidores e ao adequado funcionamento do mercado interno. Dando cumprimento a esta medida, a Comissão produziu o *Primeiro relatório sobre a aplicação da Diretiva 2000/31/CE COM (2003) 702 final*, de 21.11.2003.

² Cfr. o nosso *A proteção jurídica*, cit., p. 107. Para uma análise do acervo comunitário no domínio da defesa do consumidor, vide o Livro Verde sobre a *defesa do consumidor na União Europeia*, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2.10.2001, COM(2001) 531 final. Veja-se ainda sobre os instrumentos comunitários no domínio do direito privado a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o *Direito Europeu dos Contratos*, Bruxelas, 11.07.2001, COM(2001) 398 final.

³ Cfr. o nosso *Comércio eletrónico*, cit., pp. 77-8.

próprios atos comunitários de harmonização do direito do consumo estarão sujeitos a esse escrutínio, como sucede relativamente a eventuais abusos das ações inibitórias.

10. Balanço

A abordagem algo «maximalista» adotada pelo diploma de transposição poderá comprometer algumas das suas medidas complementares de proteção do consumidor no que respeita à sua conformidade com o direito comunitário. Além disso, em termos de *política legislativa*, a transposição da diretiva não terá sido especialmente sensível ao efeito económico do princípio do controlo no país de origem, que se traduz em os prestadores de serviços da sociedade da informação se estabelecerem tendencialmente nas ordens jurídicas internas que lhes ofereçam um *ambiente jurídico* mais favorável. Neste cenário de possível concorrência entre os Estados-Membros ao nível da adequação dos seus padrões normativos do consumo às exigências próprias dos serviços da sociedade da informação, não é certo que o diploma de transposição tenha tido especialmente em conta o relevante papel que o direito do consumidor assume, enquanto fator estratégico, na regulação do comércio eletrónico, considerando a sua natureza marcadamente económica e mercantil, no sentido do desenvolvimento da economia digital e da promoção do estabelecimento de empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação na ordem jurídica interna.

Prudência legislativa, certamente. Contudo, receamos que não tenha sido aproveitada a obrigação de transpor a diretiva para proceder a uma adequação do nosso corpo legislativo às exigências próprias e específicas do comércio eletrónico e da sociedade da informação, em especial no domínio do direito do consumidor, tendo em conta a sua importância estratégica. Com efeito, o complemento de proteção que é concedido aos consumidores na ordem jurídica portuguesa, por referência aos padrões comunitários, poderá não favorecer o desenvolvimento do comércio eletrónico e da chamada economia digital, tanto mais quanto se considerar o grau de incerteza quanto à sua conformidade com o direito comunitário e o facto de dificilmente integrarem o núcleo de tutela constitucional do consumidor. Ora, não havendo comércio eletrónico, de que serve aí a proteção do consumidor? É caso para perguntar: proteção ou proteccionismo? Com efeito, parece ser válida também aqui a expressão de W. Pool: “In this field, more than most, one man's consumer protection is another man's proteccionism.”¹

¹ Cfr. o nosso ‘A construção jurídica do mercado único dos seguros’, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2002, p. 89, em nota.

A VIA ELETRÓNICA DA NEGOCIAÇÃO (ALGUNS ASPETOS) *

Introdução

Os meios eletrónicos trouxeram novas oportunidades quer para as empresas quer para os consumidores. Em ordem a criar um ambiente jurídico favorável à confiança no comércio eletrónico tem sido estabelecido um regime legal que, entre outros aspetos, regula a via eletrónica da negociação.

Este texto versa sobre algumas dimensões desta nova via de negociação, tais como a questão da sua idoneidade como meio de declaração negocial (1), a subsistência do princípio da consensualidade nesta via de negociação e o significado do esquema de “duplo clique” que a lei estabelece para certas situações (2), e, finalmente, a importância do foro do consumidor nos contratos de consumo por via eletrónica (3).

1. A idoneidade da via eletrónica como meio de declaração negocial

A Diretiva 2000/31¹ incumbe os Estados-Membros de configurarem os respetivos regimes jurídicos de modo a, por um lado, permitirem a celebração de contratos por meios eletrónicos, e, por outro, a não criarem obstáculos à utilização dos meios eletrónicos no processo contratual, nem privarem os contratos de validade ou eficácia pelo facto de serem celebrados por meios eletrónicos (art. 9.º, 1). Excecionalmente, a diretiva “permite” que os Estados-Membros excluam certas categorias de contratos da via eletrónica, nomeadamente os que são regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (art. 9.º, 2).

A exclusão destas categorias de contratos poderia justificar-se pela especificidade da via eletrónica, mas, tratar-se-á sobretudo de um problema de competência comunitária, já que “só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum.”² Por isso, é falaciosa a possibilidade deixada aos Estados-Membros pela diretiva. Com efeito, um Estado-Membro que exclua os referidos contratos da via eletrónica poderá fazê-lo, não porque a diretiva o permita, mas desde logo porque esta não o poderia proibir. A diretiva regula apenas alguns aspetos jurídicos dos serviços da sociedade da informação no mercado interno e, por enquanto, as questões nomeadamente familiares e sucessórias ainda não foram aí integradas.

Todavia, isto não significa que a harmonização comunitária não possa, na medida da sua competência, ter um impacto ao nível do direito contratual dos Estados-Membros. Por isso se aponta a diretiva sobre comércio eletrónico, juntamente com outros instrumentos comunitários destinados mormente à proteção do consumidor, como fatores

* *Estudos de Direito do Consumidor N.º 8* (2006/2007: 275-290).

Siglas: BFD – *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra; CMLR – *Common Market Law Review*; DSI – *Direito da Sociedade da Informação*, APDI/FDUL; EDC – *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC/FDUC; ERPL – *European Review of Private Law*; RLJ – *Revista de Legislação e Jurisprudência*; RFD – *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de Lisboa; ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*; SI – *STVDIA IVRIDICA*.

¹ Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

² José de Oliveira Ascensão, *O Comércio Eletrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, Prefácio, ANACOM, Lisboa, 2004, 112.

de harmonização do direito privado europeu, e cujo carácter fragmentário poderá justificar, inclusivamente, um instrumento codificador.¹

Na verdade, parece seguro que a Diretiva 2000/31 harmoniza comunitariamente o direito contratual por via da consagração do princípio da idoneidade da declaração eletrónica como meio de manifestação de vontade e, negativamente, pelo afastamento de requisitos de forma de que resulte a sua invalidade ou ineficácia por causa da utilização desse meio. Talvez por resistência ao impacto harmonizador da diretiva comunitária ao nível do direito contratual, o Reino Unido não terá cumprido integralmente a obrigação geral de equivalência entre os documentos eletrónicos e os documentos escritos.²

Entre nós, a diretiva sobre comércio eletrónico foi transposta pelo DL 7/2004³, que regula a chamada contratação eletrónica no capítulo V. Define-se o seu âmbito de aplicação no sentido de abranger todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais (art. 24.º). A lei portuguesa consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios eletrónicos (art. 25.º), no sentido de a via eletrónica ser um meio idóneo de manifestação da vontade. Todavia, tal como previsto pela diretiva, são excecionados certos negócios jurídicos, nomeadamente os negócios familiares e os negócios reais imobiliários.⁴ É consagrado o princípio da equiparação do documento eletrónico ao documento escrito (art. 26.º), o que não significa uma derrogação ao princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil). Trata-se apenas de considerar que os documentos eletrónicos são havidos, reunidas certas condições, como documentos escritos. Pelo que se a lei exigir um documento escrito para a validade ou eficácia do negócio, o documento eletrónico satisfará esse requisito. Além disso, o documento eletrónico ao qual seja aposta assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena, nos termos do DL 290-D/99.⁵

Fora do “princípio da admissibilidade” dos contratos por meios eletrónicos ficaram, entre outros, os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento.

¹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu – Assinatura Eletrónica e Certificação (A Diretiva 1999/93/CE e o Decreto – Lei n.º 290 – D/99, de 2 de agosto)*, RLJ 2001, 262s; Id., “Conclusões”, *Um Código Civil para a Europa / A Civil Code for Europe / Un Code Civil pour l’Europe*, SI 64, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 291s.

² Andrew D. Murray, *Contracting Electronically in the Shadow of the E-Commerce Directive*, in *The New Legal Framework of E-Commerce in Europe*, ed. Lilian Edwards, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, 89-91 (“It is a shame that in 2005 we should be considering whether or not Article 9 of the ECD is directly effective within the UK. There is no good reason why the UK Government could not have simply introduced a blanket equivalence for these few remaining formal contracts that could not be concluded by electronic means. (...) the DTIK has, in breach of its duties under the ECD, made a conscious decision to continue to pursue its blinkered policy of case-by-case equivalence for e-documents” – 90-1).

³ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

⁴ O Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, que alterou nomeadamente o Código Civil, para tornar a escritura pública facultativa na compra e venda de imóveis e em outros negócios reais imobiliários, manteve todavia intacta a exclusão destes negócios da via eletrónica.

⁵ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril (transpõe a Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas). Para desenvolvimentos sobre esta matéria, mais recentemente, João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, Tomo I, Parte Geral, 2.ª ed., BBS, Almedina, Coimbra, 2007, 127-147.

Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. Ora, nos casos em que a intervenção do notário é mera formalidade *ad probationem*, será excessivo excluir tais negócios da via eletrónica, justificando-se uma interpretação restritiva do preceito: “Quando a intervenção de uma entidade seja uma condição de eficácia do negócio, não afetando a sua validade, a parte que tenha sido realizada por meios eletrónicos pode ser aproveitada, ficando dependente, para a produção dos seus efeitos, dessa intervenção.”¹

É verdade que a Diretiva 2000/31 refere no preâmbulo a possibilidade de exclusão dos “contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (considerando 36, 2ª parte), e, além disso, apesar de a atividade notarial poder integrar os serviços da sociedade da informação, do âmbito de aplicação da diretiva são excluídas, *inter alia*, as atividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem direta e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos (art. 1.º, 5). Não obstante, na justa medida em que a intervenção notarial seja mera formalidade probatória, será excessivo excluir os referidos negócios da via eletrónica.²

2. A consensualidade na negociação por via eletrónica e o esquema de “duplo clique”

Tal como já antes sustentado para as televendas (incluindo pela Internet)³, a configuração normativa do fornecedor nos contratos à distância com consumidores abrangidos pelo art. 4.º, 1-h, do DL 143/2001⁴, coloca-o tipicamente⁵, e o DL 7/2004 “tendencialmente”⁶, em posição de oferta ou proposta negocial, com a consequente vinculação negocial (art. 230.º, 1, do Código Civil).

¹ *Lei do Comércio Eletrónico Anotada*, MJ/GPLP, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 99.

² Para desenvolvimentos, Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio eletrónico e consumidor*, EDC 6/2004, 367-371 (ilustrando o problema com a promessa de compra e venda de imóvel para habitação por via eletrónica).

³ António Pinto Monteiro, *A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de abril de 1998, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 155-7.

⁴ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços), agora alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de maio.

⁵ Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio eletrónico e consumidor*, 2004, cit., 356.

⁶ José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da diretiva n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrónico)*, RFD 2003, 246 (“salvo se outra coisa for convencionada ou resultar das circunstâncias, a oferta em rede deve ser entendida como proposta ao público”); Id., in *O Comércio Eletrónico em Portugal*, 2004, cit., 113 (“tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta”, ressaltando, porém, que “só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato”); v. tb. *Lei do Comércio Eletrónico Anotada 2005*, cit., 129 (“na generalidade dos casos em que um profissional pretende contratar à distância com consumidores tem o dever de emitir uma proposta contratual que contenha os elementos obrigatórios. (...) O contrato forma-se, nestes casos, com a aceitação do consumidor.”).

De outro modo, “a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa(ria) a desproteção do público.”¹ Além disso, enquanto proposta contratual, o contrato ficaria concluído com a simples aceitação do destinatário (DL 7/2004, art. 32.º, 1). Por isso, o dever de acusar a receção da ordem de encomenda a cargo do fornecedor (art. 29.º, 1) não teria “significado para a determinação do momento da conclusão do contrato” (art. 32.º, 2), sendo antes uma “mera cautela técnica” destinada a “assegurar a certeza” ou “exatidão” das comunicações.²

Em suma, o contrato estaria já concluído com a simples aceitação do destinatário antes do aviso de receção da ordem de encomenda. De resto, o dever de acusar receção da encomenda é apenas imperativo nos contratos com consumidores (art. 29.º, 1, *in fine*) e na medida em que não tenham sido celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º) ou que não haja imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 2).

A lei do comércio eletrónico considera no preâmbulo que o problema do momento da conclusão do contrato é um ponto “muito sensível”. A Diretiva 2000/31 teria deixado aos Estados-Membros a solução para este problema, em virtude de não se propor harmonizar o direito civil.³ O não acolhimento dos critérios constantes da proposta inicial foi mesmo considerado como “o abandono de unir a Europa em torno de uma única perspetiva sobre a contratação eletrónica.”⁴

Ora, de entre as opções possíveis, o diploma interno seguiu a posição considerada “maioritária”, no sentido de não atribuir ao aviso de receção o valor de aceitação. Terá, quanto muito, o valor de mera “formalidade *ad probationem*”.⁵

Assim, o contrato por via eletrónica concluir-se-á no momento da simples aceitação do destinatário, quando o fornecedor se encontre em posição de proposta contratual tal como deverá estar ao menos nos contratos à distância atrás referidos. Neste *iter* negocial, o aviso de receção surge como um *posterius*. De resto, o DL 7/2004 dispõe expressamente que: “O mero aviso de receção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da celebração do contrato” (art. 32.º, 2).

Todavia, a lei do comércio eletrónico estabelece uma exigência suplementar ao acrescentar que “a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida” (art. 29.º, 5).

O valor desta exigência legal de confirmação tem suscitado dúvidas. Se para uns “nada traz de novo”⁶, já para outros constitui um requisito de conclusão do contrato⁷. Esta

¹ José de Oliveira Ascensão, *Contratação eletrónica*, DSI IV/2003, 60.

² José de Oliveira Ascensão, *Contratação eletrónica*, cit., 58-9.

³ José de Oliveira Ascensão, *O comércio eletrónico em Portugal*, 2004, cit., 112.

⁴ Andrew Murray, *Contracting Electronically in the Shadow of the E-Commerce Directive*, in *The New Legal Framework of E-Commerce in Europe*, 2005, cit., 82 (“Any attempt to unite Europe to a single vision of e-contracting was abandoned.”).

⁵ *Lei do Comércio Eletrónico Anotada* 2005, cit., 117 (“O aviso de receção constitui, no essencial, uma formalidade *ad probationem*, que visa assegurar ao destinatário a receção da ordem de encomenda por parte do prestador de serviços”); porém, João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2007, 117-119.

⁶ Susana Larisma, in *O Comércio Eletrónico em Portugal*, 2004, cit., 168 (“a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples”).

⁷ Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, 429 (“o diploma reclama um *segundo ato*, de confirmação, pelo consumidor. Se este não responder,

segunda interpretação encontra no diploma do comércio eletrónico uma solução baseada no entendimento segundo o qual a via eletrónica seria “uma forma de contratação que escapa aos cânones clássicos”¹.

A especificidade da via eletrónica exigiria, nesta perspetiva, um reforço de cautelas não apenas técnicas, mas também jurídicas. “Nos casos em que há proposta contratual, o mesmo caráter meramente técnico do aviso de receção impede que este seja encarado como o momento terminal da formação do contrato. Há antes que prever uma confirmação da encomenda, feita pelo destinatário no seguimento do aviso de receção. Com a chegada desta ao círculo do operador, o contrato fica formado.”² Por outras palavras, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de receção e uma confirmação da ordem de encomenda.”³

Encontramos nesta orientação a doutrina que terá inspirado o legislador interno a adotar solução semelhante à do direito francês.⁴ Contudo, não é certo que a maior complexidade do “esquema” estabelecido para a via eletrónica da contratação implique necessariamente um desvio aos cânones clássicos do negócio jurídico, i.e. a via eletrónica não constitui exceção à regra geral da celebração do contrato com a simples aceitação do destinatário de propostas dirigidas ao público pelo fornecedor.

A exigência legal de confirmação não é irrelevante, mas o seu significado é outro. Trata-se antes de uma condição legal (*conditio iuris*) suspensiva de perfeição do contrato.⁵ Enquanto tal, retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil). 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. Caso o consumidor não proceda à confirmação, então será “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”⁶

Trata-se de uma condição suspensiva, que todavia não impede que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes,

não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”); Paula Costa e Silva, *Contratação eletrónica*, in *Lei do Comércio Eletrónico Anotada 2005*, cit., 188; José A. Engrácia Antunes, *Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, in *Direito e Justiça*, UCP, Lisboa, 2007, 102.

¹ José de Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in Id., *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2001, 54.

² José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da diretiva n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrónico)*, 2003, cit., 246.

³ José de Oliveira Ascensão, *O Comércio Eletrónico em Portugal*, 2004, cit., 9 (ressalvando, porém, que “A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”).

⁴ Paula Costa e Silva, *Contratação eletrónica*, in *Lei do Comércio Eletrónico Anotada 2005*, cit., 188 (referindo o sistema do duplo *clique* do art. 1369 do Código Civil Francês).

⁵ Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio eletrónico e consumidor*, 2004, cit., 356. Neste sentido, *Lei do Comércio Eletrónico Anotada*, 2005, 118, 129 (“Os efeitos do contrato ficam, portanto, suspensos até à confirmação, que constitui uma condição de eficácia deste. (...) “na generalidade dos casos em que um profissional pretende contratar à distância com consumidores tem o dever de emitir uma proposta contratual que contenha os elementos obrigatórios. (...) O contrato forma-se, nestes casos, com a aceitação do consumidor.” – mencionando também a lei espanhola (Ley n.º 34/2002, de 11 de julho, alterada pela Ley 32/2003), que refere no art. 28.º esta questão como “informação posterior à celebração do contrato”).

⁶ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, Coimbra, 1966, 382.

incluindo o consumidor, atuar segundo os ditames da boa-fé de modo a, nos termos do Código Civil, não frustrarem as legítimas expectativas geradas, podendo existir eventual responsabilidade decorrente da violação de deveres impostos pela boa-fé que devem ser observados na pendência da condição¹, e sem prejuízo do recurso ao instituto do abuso de direito (art. 334.º).²

Na base do esquema adotado (“duplo clique”) está a proteção do consumidor³, como uma medida aparentemente destinada a “adoçar” a “proteção prevalente das empresas de informática.”⁴ Todavia, a exigência de confirmação é de âmbito restrito. Aplica-se apenas aos contratos “com formulário” com consumidores, visto que só vale nos contratos que não tenham sido celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º) e se o dever de acusar receção da encomenda for imperativo, i.e., no B2C (art. 29.º, 1, *in fine*). Em suma, “*são visados os contratos, massificados, a celebrar em rede aberta com o público em geral mediante acesso ao site (“point and click”)*”⁵.

Deve entender-se, de igual modo, que 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 receção da encomenda, ou seja, nos casos em que há imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 2).

Por conseguinte, o esquema do “duplo clique”, para além de não se aplicar na negociação exclusivamente por meios de comunicação individual (e.g. correio eletrónico), não é imperativo no B2B nem é obrigatório no domínio do comércio eletrónico (B2B ou B2C) direto (e.g. compra e venda pela Internet de software, música, filmes ou outros bens contidos em ficheiros digitais), “dada a sua óbvia inutilidade.”⁶ Nesta última situação, o contrato deve considerar-se incondicionalmente concluído logo no momento da aceitação inicial da proposta, representando a prestação eletrónica do bem já o seu cumprimento.

Assim, o esquema do “duplo clique” não constituirá um desvio ao princípio da consensualidade. Nos contratos à distância com consumidores a posição do fornecedor será típica ou pelo menos tendencialmente de proposta negocial, ficando nessa medida o negócio concluído com a simples aceitação pelo destinatário da proposta do fornecedor, salvo quando o tipo de negócio exigir um modo para a sua perfeição, nomeadamente a entrega da coisa encomendada, como sucede no comodato ou no depósito (e.g. o chamado *software escrow*).

De todo o modo, apesar do limitado âmbito de aplicação e da sua natureza de condição legal suspensiva, não é certo que a exigência de confirmação (“duplo clique”) respeite o

¹ Vide Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 562 s, 572-5.

² Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio eletrónico e consumidor*, 2004, cit., 356-7, em nota.

³ Paula Costa e Silva, *Contratação eletrónica*, in *Lei do Comércio Eletrónico Anotada 2005*, cit., 188 (interpretando o art. 29.º, 5, como um sistema de duplo clique (“só esta (a tutela do consumidor) poderia justificar o tal sistema do duplo clique do art. 1369 do Código Civil Francês.”)).

⁴ José de Oliveira Ascensão, *O comércio eletrónico em Portugal*, 2004, cit., 109.

⁵ João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2004, 113.

⁶ João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2007, 117.

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 eletrónicos” (Diretiva 2000/31, art. 9.º, 1). De igual modo, não é seguro que a proteção do consumidor seja justificação bastante para os efeitos restritivos que esta cautela jurídica adicional pode colocar à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.¹ De resto, é criticável a falta de “ganho prático (mesmo do ponto de vista da certeza) da exigência do ‘terceiro click’”.²

3. O foro do consumidor nos pactos de jurisdição por via eletrónica

O Regulamento 44/2001³ incorporou as Convenções de Bruxelas e de Lugano revistas, i.e. o chamado “«Sistema de Bruxelas»”.⁴ Este instrumento é revelador de como os regulamentos parecem “estar a ganhar terreno” na harmonização do direito privado europeu⁵, refletindo duas tendências do DIP: “*comunitarização e jurisdicionalização*”.⁶ Comenta-se, aliás, que, enquanto “legislação comunitária genuína”, a cooperação judicial teria passado, por força deste instrumento, do terceiro para o primeiro pilar da integração europeia⁷, podendo também “antecipar-se a existência a breve prazo de um direito processual civil internacional da Comunidade e da União Europeia”.⁸

Seja como for, os contratos são um domínio de eleição para o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição. O Regulamento dá expressão a esse princípio, admitindo tais pactos e fixando, aliás, a competência exclusiva dos tribunais designados, salvo convenção em contrário. Dispõe que os pactos terão que revestir a forma escrita e admite a sua celebração pela Internet uma vez que consagra a equivalência da forma escrita a qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto (art. 23.º, 2).

Não obstante, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da proteção da parte mais fraca.⁹ A regra é a de que o

¹ Para desenvolvimentos, Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio eletrónico e consumidor*, 2004, cit., 380-400 (sujeitando a idêntica crítica a proibição das cláusulas gerais que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática prevista no art. 25, 4, e apontando a dificuldade de articulação desta proibição com a lei dos contratos de adesão).

² João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2007, 116.

³ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

⁴ Guillermo Palao Moreno, *Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet*, in *Cuestiones Actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, coord. Javier Plaza Penadés, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, 278.

⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu*, 2001, cit., 271.

⁶ Dário Moura Vicente, *Competência Judiciária e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001*, Scientia Iuridica, 2002, 354.

⁷ Roy Goode / Herbert Kronke / Ewan Mckendrick / Jeffrey Wool, *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, University Press Oxford, Oxford, 2004, 793 (“genuine Community legislation”).

⁸ Rui Manuel Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma Interação*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 1071.

⁹ Rui Manuel Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, SI 38, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 124 (“os princípios da autonomia das partes e da proteção da parte mais

consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma ação contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor (art. 16.º).

À competência do foro do consumidor juntar-se-á a aplicação da sua lei, isto é, o tribunal competente aplicará, verificadas certas circunstâncias, as normas imperativas de proteção do consumidor previstas na lei do respetivo Estado-Membro, nos termos do art. 5.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). É o que sucede, nomeadamente, se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato.¹

A regra do foro do consumidor abrange todos os casos em que o contrato é concluído com uma pessoa que tem atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa atividade, *por quaisquer meios*, a esse Estado-Membro ou a vários Estados-Membros incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essa atividade.

Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio eletrónico, uma vez que o exercício de atividades comerciais ou profissionais através da rede ficaria potencialmente sujeito a litigância em todos os Estados-Membros², ou pelo menos os prestadores teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países. Com efeito, a expressão “dirigir a atividade” na Internet a um ou vários Estados-Membros poderia abranger “qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja suscetível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet)”.³

Por isso, o projeto de Convenção de Haia concretiza a noção de dirigir uma atividade a um Estado, através da formulação “designadamente solicitando negócios através de meios de publicidade” (art. 7, 1-a, *in fine*), à semelhança do critério *doing business* da jurisprudência norte-americana, e acrescenta que o consumidor deverá ter dado os passos

fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia”).

¹ A possibilidade de o consumidor poder prevalecer-se da legislação do Estado da sua residência habitual, bem como de demandar o fornecedor nos tribunais do seu domicílio foi destacada pela Resolução do Conselho de 19 de janeiro de 1999 sobre os aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação (1999/C 23/01), considerando-se que “no caso de transações transfronteiras efetuadas através das tecnologias da informação, os consumidores deverão, ao abrigo da legislação comunitária e das convenções de Bruxelas e de Roma, poder beneficiar da proteção concedida pela legislação do país de residência habitual e ter um acesso fácil aos procedimentos de recurso, nomeadamente no seu país de residência habitual” (10); vide Alexandre L. Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, EDC 3/2001, 661-2.

² Dário Moura Vicente, *Comércio eletrónico e competência internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, 903-915 (crítico em relação aos efeitos restritivos de uma regra de competência do foro do consumidor amplamente concebida no Regulamento 44/2001).

³ Luís Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, ROA 2001, 162.

necessários para a conclusão do contrato nesse Estado, à semelhança, aliás, da Convenção de Roma.¹

Afirma-se neste domínio um critério de interatividade, ao menos para afirmar a competência do foro do consumidor nas ações intentadas contra ele², sendo de admitir que o fornecedor poderá delimitar territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados.³

De todo o modo, a razão de ser da competência especial do foro do consumidor é “proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral” (cons.13). O princípio da proteção da parte mais fraca justifica ainda limitações à liberdade contratual das partes no sentido de só serem permitidos pactos atributivos de jurisdição em termos restritos, sendo proibidos todos os demais (arts. 17.º e 23.º, 5). Isto não impede todavia que se admita um pacto de jurisdição que, em certos termos, derogue as regras especiais de competência mesmo antes do litígio (art. 17.º).

Não obstante, de modo a não esvaziar o princípio da proteção do consumidor, sustentamos que, à semelhança do que se passa no domínio do contrato de agência⁴, o tribunal poderá fundar a sua competência nas normas imperativas de proteção 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 446/85⁵, o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português” (art. 23.º, 1).⁶

Aliás, a resultado semelhante chegou a jurisprudência comunitária no caso *Oceano*, em que estava em causa a interpretação da diretiva sobre cláusulas abusivas. O TJCE decidiu que o tribunal pode apreciar, *ex officio*, a nulidade das cláusulas, mesmo de cláusulas de jurisdição que não lhe reconheçam competência (Proc. C-240/98 — C-244/98, 27/6/2000, *Océano Grupo Editorial v. Salvat Editores*).⁷

À semelhança das regras da Convenção de Roma sobre a lei aplicável aos contratos de consumo, o regime especial de competência do foro do consumidor destina-se a proteger o consumidor enquanto parte mais fraca. É um “porto seguro”, que permitirá aos consumidores adquirirem bens pela Internet, junto de fornecedores que lhes dirijam as

¹ Alexandre L. Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição*, 2001, cit., 288-299.

² Santiago Alvarez González, *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y lei applicable*, in *Comercio Electrónico en Internet*, dir. Gómez Ségade, Madrid, 2001, 431.

³ Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in *Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana*, org. Luiz Otávio Pimentel, Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001 282.

⁴ António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, 6ª ed. act., Almedina, Coimbra, 2007, 155-6.

⁵ 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 Diretiva 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.

⁶ Alexandre L. Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, BFD 2001, 664-6; Id., *Os pactos atributivos de jurisdição*, 2001, cit., 297.

⁷ Vide Jules Stuyck, Anot., CMLR 2001, 719; Marin Hogg / Georgios Arnokouros / Andrea Pina / Rui Cascão / Stephen Watterson, ERPL 2001, 157.

suas atividades, com a garantia de que, em caso de litígio, a resolução do conflito poderá ser feita no seu tribunal e segundo a sua lei de domicílio, podendo valer-se, pelo menos, dos direitos imperativos que o respetivo foro lhes confere.

Não obstante o reforço desta proteção pelos meios jurisdicionais, é provável que a solução de litígios de consumo no domínio do comércio eletrónico privilegie as soluções alternativas, incluindo por meios eletrónicos em linha.¹ A este propósito cumpre referir, todavia, que a Diretiva 2000/31 “abriu” a porta às vias alternativas de resolução de litígios (art. 17.º), mas a lei interna terá apenas “permitido” o seu funcionamento para tratar das questões relativas à validade e eficácia dos contratos (cf. DL 7/2004, art. 34.º).

Conclusão

As exigências do mercado interno justificaram a adoção de uma diretiva sobre comércio eletrónico, incluindo aspetos do regime contratual dos serviços da sociedade da informação. Estivesse ou não na sua mira, e não obstante o seu efeito limitado, este instrumento comunitário teve um efeito de harmonização do direito contratual, desde logo ao estabelecer o princípio da idoneidade da declaração eletrónica como meio de manifestação da vontade contratual.

Neste ponto, a transposição da diretiva para o direito interno não terá colocado entraves a essa harmonização, embora pareça ter sido algo excessiva na exclusão indiferenciada dos negócios sujeitos a intervenção notarial. Por outro lado, o esquema consagrado para a contratação por via eletrónica estará fundamentalmente em conformidade com os cânones tradicionais do direito contratual, em especial no que respeita ao princípio da consensualidade. Isto valerá, inclusivamente, para o esquema do “duplo clique” imposto para certas categorias de contratos de consumo, se entendermos que a exigência de confirmação pelo consumidor, como condição de definitividade da encomenda, terá o valor de condição legal suspensiva da eficácia do negócio.

Não obstante fundar-se em razões de proteção do consumidor, poderá não estar assegurada a conformidade deste reforço de cautela jurídica com a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Tanto mais quanto se atender ao acervo comunitário de defesa do consumidor no comércio eletrónico e que se projeta, aliás, num regime de competência judiciária que lhe permitirá, em qualquer caso, o recurso aos tribunais do seu domicílio, mesmo contra cláusulas inseridas em pactos atributivos de jurisdição que recusem competência ao seu foro.

¹ Santiago Alvarez González, *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y lei aplicable*, 2001, cit., 448.

COMÉRCIO ELETRÓNICO DE CONTEÚDOS DIGITAIS *

1. A construção do mercado digital e o crescimento do comércio eletrónico

O comércio eletrónico e a economia digital são cada vez mais relevantes, tanto pela migração de atividades tradicionais para a Internet como pelo desenvolvimento das empresas em linha em sentido estrito, i.e., cuja atividade é exercida apenas pelas vias eletrónicas. Todavia, segundo a Comissão Europeia: “O mercado único digital está longe de ter atingido o seu pleno potencial. Estima-se que o custo deste atraso seja no mínimo de 4,1% do PIB daqui até 2020, isto é, 500 mil milhões de euros”.¹

Especial importância assume o comércio eletrónico de conteúdos digitais, em virtude de a natureza dos bens em causa permitir a realização plena da comercialização a distância pela Internet, desde a publicidade, oferta e entrega dos bens passando pela encomenda e pelo pagamento através de moeda eletrónica.² Os conteúdos digitais abrangem uma ampla variedade de bens, tais como programas de computador (software), bases de dados, livros eletrónicos (e-books), música, filmes, jogos, jornais e revistas *on-line*, etc. Para além das lojas *on-line* como a *Amazon*, as principais empresas do setor desenvolveram soluções de computação em nuvem (*cloud computing*), incluindo os chamados *markets*, i.e. lojas eletrónicas com os mais diversos conteúdos digitais, como aplicações e jogos de computador, música, filmes, ou e-books (por ex., *iTunes* da *Apple*, *Google Play*, *Microsoft Azure*).

O progresso tecnológico e a convergência multimédia - fruto da digitalização, da interoperabilidade e da compressão e transmissão de dados - possibilitam a descarga quase instantânea, e em qualquer plataforma, dos conteúdos digitais. Os números do mercado digital não param de crescer³ e o estabelecimento de um mercado único digital afirma-se até como uma prioridade da União Europeia. A Comissão Europeia tem em curso trabalhos no sentido de identificar obstáculos a esse mercado resultantes da diversidade regulatória dos Estados-Membros e do próprio acervo comunitário já existente neste domínio.⁴ Neste processo, a proteção do consumidor, que inicialmente

* *Estudos de Direito do Consumidor N.º 9* (2015: 177-207).

¹ *Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha*, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM(2011) 942 final, p. 2.

² Sobre as modalidades de comércio eletrónico, com mais indicações, pode ver-se o nosso ensaio *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 13-5.

³ Segundo dados da ACEPI, aproximadamente 2,7 milhões de consumidores portugueses fazem compras pela Internet, tendo gasto em 2014 cerca de 2,9 mil milhões de euros em compras B2C - <http://www.acepi.pt> (Artigo 91737)

⁴ *A Digital Single Market Strategy for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2015) 192 final (com estimativas de poupança para os consumidores europeus na ordem dos 11,7 biliões de euros por ano resultantes do bom funcionamento do mercado único digital). Natalie Helberger, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, The Hague, Kluwer Law International, 2013, p. 35.

justificou a intervenção harmonizadora da União, parece agora reduzida a um custo de transação opcional no horizonte do mercado digital.¹

Tendo em conta o tema geral do colóquio, abordaremos aqui alguns aspetos relativos à proteção do consumidor no comércio eletrónico, centrando a nossa atenção na problemática específica dos conteúdos digitais, sem deixar de assinalar um ou outro aspeto de alcance mais geral, mas nem por isso menos relevante.

2. A necessidade de proteção do consumidor de conteúdos digitais comercializados pela Internet

A primeira questão é saber se o consumidor de conteúdos digitais carece de proteção diferenciada, ou pelo menos de uma adequação dos termos da proteção às especificidades próprias da comercialização à distância por via eletrónica, por um lado, e dos conteúdos digitais, por outro. A esta questão respondeu a Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores², transposta pelo DL 24/2014, de 14 de fevereiro.³

A anterior disciplina da proteção do consumidor nos contratos à distância, estabelecida pela Diretiva 97/7⁴ e transposta internamente pelo DL 143/2001⁵, não previa especificamente soluções para a comercialização à distância, pela via eletrónica, de conteúdos digitais. Para integrar a lacuna defendemos a aplicação analógica do direito de resolução, verificados certos requisitos⁶. Por outro lado, o diploma interno do comércio eletrónico (DL 7/2004)⁷ - no uso da liberdade de meios na transposição da Diretiva

¹ Agustín Reyna, «What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission's optional regulation policy», *European Journal of Consumer Law*, 2014/2, p. 333-361.

² Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

³ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

⁴ Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância.

⁵ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, alterado pelos Decretos-Leis n.º 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio e 317/2009, de 30 de outubro (revogou o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril, que transpôs a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais).

⁶ «Das licenças de software e de bases de dados», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense - UPT*, n.º 14 (2011), pp. 9-25 (23). À semelhança da Diretiva 97/7, o DL 143/2001 estabelecia que, salvo acordo em contrário, o consumidor não podia exercer o direito de resolução 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' (art. 7º/d). A nosso ver, no comércio eletrónico direto, uma vez instalado o software ou obtido acesso à base de dados mediante aceitação dos termos da licença, o consumidor poderia conservar tais bens na sua esfera de disponibilidade, devendo aplicar-se idêntico requisito para efeitos do direito de resolução. De notar, todavia, que em Itália, o art. 5º/3-d do Decreto Legislativo de 22 de maio de 1999, n. 185, transpondo a Diretiva 97/7/CE sobre a proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, era interpretado no sentido de excluir do comércio eletrónico direto o direito de retratação (*diritto di recesso*), considerado o 'principal instrumento' de proteção do consumidor neste domínio - Vincenzo Ricciuto, «La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti», *Il contratto telematico*, a cura di Vincenzo Ricciuto, Nadia Zorzi, dir. Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. XXVII, Cedam, Padova, 2002, p. 55-67 (66).

⁷ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (com alterações posteriores).

2000/31¹ - exige confirmação da encomenda por parte do consumidor na sequência do aviso da sua receção pelo fornecedor (o chamado duplo clique), que todavia dispensa nos casos de fornecimento imediato em linha do bem adquirido (com destaque para conteúdos digitais) ou de negociação por meios de comunicação individual (por ex., email ou SMS).² Aliás, foi já apontado criticamente o menor nível de proteção do consumidor no comércio eletrónico direto, quando comparado com o consumidor no comércio eletrónico indireto, i.e., quando os bens adquiridos são entregues, quer pela sua natureza corpórea quer pela corporalidade dos respetivos suportes, fisicamente através de correio postal ou serviços especiais de entrega.

Ora, confirma-se a menor proteção do consumidor no comércio eletrónico direto ou pelo contrário o consumidor beneficia de igual proteção? Procuramos resposta a esta questão nos preceitos legais em vigor, sendo que a jurisprudência interna é praticamente inexistente neste domínio.³ Veremos que o regime jurídico assenta numa distinção de base entre fornecimento de conteúdos digitais *em suporte material* e fornecimento de conteúdos digitais *sem suporte material*. Sendo o primeiro considerado contrato de compra e venda, e o segundo nem compra e venda nem prestação de serviços, mas antes um *tertium genus* com regime próprio para efeitos deste diploma, cujos troncos são por um lado os requisitos especiais de informação que valem para ambos os casos, e por outro o direito de resolução, que já depende do modo de fornecimento: enquanto no primeiro caso o prazo de exercício conta-se a partir da entrega do suporte, no segundo conta-se a partir da entrega eletrónica, podendo todavia o ‘direito de retratação’ ser excluído.

O direito acompanha as mudanças sociais e económicas e por isso é possível que o atual regime seja alterado com o passar dos tempos. Aliás, a Diretiva 2011/83 encarrega a Comissão de analisar a necessidade de prever uma maior harmonização das disposições a respeito dos conteúdos digitais e apresentar, se necessário, uma proposta legislativa para regulamentar esta questão (considerando 19, *in fine*). Como veremos, o regime existente parece proteger o consumidor a duas velocidades, deixando por vezes o consumidor desamparado sem aparente justificação bastante.

3. Da Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores ao Decreto-Lei 24/2014

A importância da proteção do consumidor na economia digital justificou o estabelecimento de regras especiais para a contratação à distância de conteúdos digitais. A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos

¹ Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

² Sobre o significado da exigência de confirmação em sede de perfeição do negócio jurídico, com mais indicações, pode ver-se o nosso trabalho «A via eletrónica da negociação (alguns aspetos)», Estudos de Direito do Consumidor, n.º 8 (2006/2007), p. 275-290. Mais recentemente, veja-se por ex. Mariana Carvalho Homem, «A formação dos contratos no comércio eletrónico», *Revista Eletrónica de Direito*, 2013/1.

³ O tema da proteção do consumidor tem despertado algum interesse na investigação. Sob nossa orientação foram concluídas com êxito na FDUC algumas dissertações de mestrado, na área do direito empresarial, nomeadamente *Comércio eletrónico - Os principais problemas das contratações eletrónicas via Internet*, de Romeu Pessoa de Melo, e *Aspetos jurídicos da proteção do consumidor no comércio eletrónico sob uma perspetiva luso-brasileira*, de Renata El Kalay, ambas de 2010. Quanto a doutoramentos, refira-se a tese de Fernanda Maria Neves Rebelo, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, da Universidade Portucalense.

consumidores regula, *inter alia*, aspetos dos *contratos à distância* de fornecimento de conteúdos digitais imateriais celebrados entre profissionais e consumidores. Em especial, estabelece *requisitos de informação*, *requisitos formais* e regula o *direito de retratação* dos consumidores nos contratos à distância. No direito interno, o DL 24/2014, alterado pela Lei 47/2014, não se afasta, no essencial, da Diretiva.

3.1 Noção e modalidades de conteúdos digitais

É deveras ampla a noção de conteúdos digitais estabelecida na Diretiva 2011/83: ‘dados produzidos e fornecidos em formato digital’ (art. 2º/11). O preâmbulo oferece uma ilustração exemplificativa no sentido de a noção de conteúdos digitais abranger ‘programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente de o acesso aos mesmos se fazer por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou por qualquer outro meio’ (considerando 19). Por outro lado, os conteúdos digitais distinguem-se consoante o respetivo suporte de fornecimento: os fornecidos num suporte material, como um CD ou um DVD, são considerados bens na aceção da Diretiva, que por bem entende ‘qualquer objeto móvel corpóreo, com exceção dos objetos vendidos através de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial’ (Diretiva 2011/83, art. 2º/3).

O DL 24/2014 conjugou estes diversos elementos, definindo conteúdo digital como ‘os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio’ (art. 3º/d).¹

¹ A noção de conteúdos digitais abrange os chamados jogos de computador ou videogames, incluindo os jogos e apostas *online*: enquanto aplicações informáticas, estes jogos integram o conceito de conteúdos digitais, estando certamente nas preferências dos internautas e suscitando inclusivamente questões de saúde pública por causa do chamado «vício do jogo», que afeta especialmente menores e consumidores mais vulneráveis. Não obstante, o DL 24/2014 não se aplica aos contratos relativos a jogo de fortuna ou azar, incluindo lotarias, bingos e atividades de jogo em casinos e apostas. A este respeito, o Decreto-Lei n.º 66/2015 de 29 de abril estabeleceu o regime jurídico dos jogos *online*, no sentido de a exploração de jogos e apostas online não constituir um exclusivo de algumas entidades (leia-se SCML), ainda que estas já se encontrem habilitadas a explorar jogos e apostas em Portugal, antes devendo ser atribuída, mediante licença, a todas as entidades que, para além daquelas, preencham estritos requisitos de idoneidade e de capacidade económica e financeira e técnica. De todo o modo, o DL 66/2015 alterou o Código da Publicidade, no sentido de maior liberdade, embora com ressalva de grupos especialmente vulneráveis, especialmente os menores, nada afastando a aplicação destas regras na Internet. Nos termos do art. 21º do referido Código, ‘a publicidade de jogos e apostas deve ser efetuada de forma socialmente responsável, respeitando, nomeadamente, a proteção dos menores, bem como de outros grupos vulneráveis e de risco, privilegiando o aspeto lúdico da atividade dos jogos e apostas e não menosprezando os não jogadores, não apelando a aspetos que se prendam com a obtenção fácil de um ganho, não sugerindo sucesso, êxito social ou especiais aptidões por efeito do jogo, nem encorajando práticas excessivas de jogo ou aposta.’ Além disso, é proibida a publicidade de jogos e apostas que: se dirija ou que utilize menores enquanto intervenientes na mensagem (a); no interior de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores (b); a menos de 250 metros em linha reta de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores, salvo no que respeita aos jogos sociais do Estado (c); nos locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos (d). Por outro lado, as concessionárias e ou as entidades exploradoras de jogos e apostas ficam impedidas de ser associadas a qualquer referência ou menção publicitária à concessão de empréstimos.

3.2. Classificação do contrato de fornecimento de conteúdos digitais em função do suporte

A natureza do suporte de fornecimento dos conteúdos digitais releva para efeitos da classificação dos contratos nos termos da Diretiva 2011/83. Com efeito, o fornecimento de conteúdos digitais num suporte material é considerado um *contrato de compra e venda*, aí definido como ‘qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço, incluindo qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços’ (art. 2º/5). É uma noção ampla que abrange não apenas a compra e venda de países como França e Portugal, nos quais a transmissão da propriedade é um efeito típico do contrato, por força do princípio da transferência da propriedade por consenso¹, mas também a promessa de compra e venda e ainda a compra e venda meramente obrigacional típica dos países em que a transferência da propriedade exige a entrega da coisa (*traditio*).

Por seu turno, no que respeita aos contratos relativos a conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, lê-se no preâmbulo da Diretiva que ‘não deverão ser considerados, na aceção da diretiva, contratos de venda nem contratos de prestação de serviços’ (considerando 19, 3º período). Sendo que, ainda nos termos da Diretiva, os contratos de prestação de serviços abrangem ‘qualquer contrato, com exceção de um contrato de compra e venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço’ (art. 2º/6)

Ora, não sendo considerados contratos de compra e venda nem contratos de prestação de serviços, os contratos de fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material são remetidos para um *tertium genus*. Não são, todavia, contratos puramente atípicos, visto estarem abrangidos pela noção de contratos à distância estabelecida na Diretiva 2011/83, a saber: ‘qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de *vendas* ou *prestação de serviços* organizado para o comércio à distância, sem presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive’ (art. 2º/7, *italico* nosso).

A noção de contrato à distância refere-se a sistema de *vendas* ou *prestação de serviços*, pelo que os contratos de fornecimento de conteúdos digitais imateriais deveriam revestir uma dessas duas modalidades, enquanto contratos à distância. Nota-se assim uma contradição entre a noção de contrato à distância e a exclusão do fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material tanto da compra e venda como da prestação de serviços. Não obstante, parece-nos que o fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material não deixará de integrar a noção de contratos à distância apesar de o preâmbulo da Diretiva os excluir das noções de contratos de compra e venda e de prestação de serviços. Fez bem o legislador interno ao não incorporar as referidas definições na lei interna, limitando-se à de contratos celebrados à distância (DL 24/2014, art. 3º/f), tanto

¹ Artigos 408º/1 e 879º do Código Civil. Sobre o tema, mais recentemente, Mónica Jardim, «A atual problemática a propósito do princípio da consensualidade», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90/1 (2014) p. 179-218.

mais que no Código Civil já se encontram noções de contratos de compra e venda, contrato-promessa, prestação de serviços. De resto, a utilização de técnicas de comunicação à distância não prejudica a tipicidade da compra e venda, da prestação de serviços ou de outros (por ex., a locação), que não deixam de o ser pelo facto se serem negociados e celebrados à distância.

De resto, os contratos à distância de conteúdos digitais imateriais dão corpo à chamada economia digital pura ou comércio eletrónico direto, em que o contrato se negocia, celebra e cumpre integralmente pela via eletrónica, incluindo a oferta, a encomenda, o pagamento e a transmissão em linha dos conteúdos digitais. Não obstante, o facto de a Diretiva excluir estes contratos puramente eletrónicos das noções de compra e venda e de prestação de serviços não significa, a nosso ver, que se impeça tal qualificação face ao direito privado de cada Estado-Membro. Trata-se, aliás, de uma questão controvertida, a da qualificação dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais no quadro dos tipos contratuais legais clássicos, que a Diretiva terá deixado em aberto, tendo em conta as diferentes tradições dos Estados-Membros.¹

De todo o modo, a Diretiva abrangeu o fornecimento de conteúdos digitais imateriais no regime dos contratos à distância com vista à proteção do consumidor mediante requisitos de informação e do direito de retratação. Vejamos.

3.3. Requisitos de informação

Quanto aos *requisitos de informação*, a Diretiva 2011/83 completa os requisitos estabelecidos nomeadamente na Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico², ressaltando-se todavia ‘a possibilidade de os Estados-Membros imporem requisitos de informação suplementares aos prestadores de serviços estabelecidos no seu território’ (considerando 12). Assim, os fornecedores de conteúdos digitais, independentemente do suporte, devem prestar aos consumidores informação sobre a funcionalidade e a interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais. O conceito de *funcionalidade* diz respeito ao modo como os conteúdos digitais podem ser usados, como, por exemplo, para

¹ Sobre a discutida classificação das licenças de programas de computador, nomeadamente em função do respetivo suporte de fornecimento, com mais indicações e análise de direito comparado, pode ver-se os nossos estudos «Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59 (1999), III, p. 915-1000 (931-41) e «Das licenças de software e de bases de dados (software and database licenses)», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense - UPT*, n.º 14 (2011), p. 9-25. Mais recentemente, no direito francês, com anotação ao acórdão da *Cour de cassation* de 12 de junho de 2012, n.º 11-20.204, a propósito da natureza do chamado direito de utilização de programa de computador garantido legalmente ao utilizador autorizado, Philippe Gaudrat, «Droit d’utilisation d’un progiciel», *RTDCom* (janvier-mars 2013) p. 75-80 (crítico relativamente à utilização ‘par fascination simiesque pour les pratiques anglo-saxonnes’ do termo licença para designar as autorizações de utilização de bens intelectuais).

² Ver, por ex., o nosso estudo «A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), p. 43-140 (máxime, 110-1). E sem esquecer, nomeadamente, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno. Sobre a diretiva e a questão da publicidade comparativa pode ver-se o nosso estudo «Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7 (2005), p. 341-378. Para uma resenha de jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE sobre esta diretiva, vide Jules Stuyck, «The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive», *Common Market Law Review*, vol. 52/3 (2015), p. 721-752.

o seguimento do comportamento dos consumidores (e.g. as políticas de privacidade, incluindo a utilização de *cookies*), e deverá referir-se igualmente à ausência ou presença de restrições técnicas, como a proteção através da gestão dos direitos digitais e a codificação regional (os chamados DRM – Digital Rights Management e os códigos regionais de leitores e discos). O conceito de *interoperabilidade relevante* é usado para descrever as informações relativas aos equipamentos e programas informáticos normalizados, com os quais os conteúdos digitais são compatíveis, como, por exemplo, o sistema operativo, a versão necessária e certas características do equipamento (considerando 19). Por exemplo, um jogo de computador que só funciona em ambiente Windows 7 ou posterior (sistema operativo), em computador com determinada RAM mínima e processador gráfico dedicado.

Assim, antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato à distância ou por uma proposta correspondente, o profissional deve facultar ao consumidor, de forma clara e compreensível, diversas informações, nomeadamente, quando aplicável, a *funcionalidade* dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica, e qualquer *interoperabilidade relevante* dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, se aplicável (Diretiva 2011/83, art. 6º/1-r-s/2). Em termos semelhantes, o diploma interno estabelece que a *informação pré-contratual* nos contratos celebrados à distância deve incluir, sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica, e qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso (DL 24/2014, art. 4º/1-v-x).¹

De assinalar que as referidas informações pré-contratuais são devidas independentemente de os conteúdos digitais serem fornecidos com ou sem suporte material.

3.4. Direito de ‘retratação’

Quanto ao chamado *direito de retratação* do contrato celebrado à distância, a Diretiva estabelece que o consumidor dispõe igualmente de um prazo de 14 dias para o exercer, sem necessidade de indicar qualquer motivo, a contar do dia da entrega do suporte material, que deverá ocorrer no prazo máximo de 30 dias (art. 17º/1 e 18º/1); no caso do

¹ Os conteúdos digitais são, em muitos casos, por razões de direitos de autor e/ou conexos, comercializados com proteções técnicas, tais como, por ex., dispositivos contra cópias ou acessos não autorizados. As proteções técnicas surgem assim como um sistema de ‘regulação paralela’ aos direitos de autor, como refere Severine Dusollier, «DRM at the intersection of copyright law and technology: a case study for regulation», *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, ed. E Brousseau & M Merzouki, Cambridge University Press, 2012, p. 297-317. As leis de direitos de autor foram adaptadas de modo a conferir tutela jurídica a essas medidas técnicas de proteção, ao mesmo tempo que procuraram assegurar a liberdade do utilizador nos termos do chamado imperativo da interoperabilidade, este último reforçado pelo regime do direito da concorrência. Para desenvolvimentos sobre o tema pode ver-se, com mais indicações, a nossa tese *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina 2008. De registar, por outro lado, que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *UsedSoft v Oracle* de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, decidiu que a exaustão do direito de distribuição vale tanto fora de linha como *em linha* no caso das licenças de uso sem limite de tempo, entendimento este que propugnamos pelo menos desde a nossa dissertação de mestrado *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital* (publicada em 2001 pela Coimbra Editora).

fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, o prazo para o exercício do direito de retratação conta-se a partir da data da celebração do contrato (art. 9º/1-2c).

O DL 24/2014 designa o direito de retratação por ‘direito de livre resolução’ (art. 10º), à semelhança do anterior DL 143/2001.¹ A diferente designação não altera a natureza do direito, que consiste em poder cessar o contrato sem incorrer em quaisquer custos, para além dos estabelecidos no n.º 3 do artigo 12.º e no artigo 13.º quando for caso disso, e sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias a contar: a) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens (que deverá ocorrer no prazo de 30 dias nos termos do art. 19º/1), no caso dos contratos de compra e venda, como sucede na comercialização de conteúdos digitais fornecidos num suporte material; b) do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

3.4.1. Possível exclusão do direito de retratação

À semelhança do regime anterior, a Diretiva permite que o direito de retratação seja excluído relativamente ao fornecimento em suporte material de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega (art. 16º/i). Acrescenta que o direito também não se aplica no caso de fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação (art. 16º/m). Como se lê no preâmbulo, o consumidor deve beneficiar do direito de retratação, ‘a menos que aceite que a execução do contrato tenha início durante o período de retratação e reconheça que, por essa razão, perde o direito de retratação do contrato’ (considerando 19).² Assim, o consumidor perde o direito de retratação se remover o selo de garantia dos conteúdos fornecidos em suporte material ou se aceitar a sua transferência imediata por via eletrónica e reconhecer que por isso não tem esse direito.³

¹ Sobre a natureza jurídica deste direito, com mais indicações, pode ver-se o nosso trabalho «Comércio eletrónico e consumidor», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6 (2004), p. 376, nota 59 (condição legal resolutiva, de natureza imperativa, potestativa e arbitrária).

² De igual modo, o DL 24/2014 prevê que direito de livre resolução não se aplica ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega (art. 17º/1-h), e aos conteúdos digitais fornecidos sem suporte material se a sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e este reconhecer que o seu consentimento implica a perda do direito de livre resolução (art. 17º/1-i).

³ A menor proteção do consumidor no comércio eletrónico direto tem antecedentes. Nos termos do diploma do comércio eletrónico, nos contratos com consumidores, o prestador de serviços tem o dever de acusar a receção da encomenda logo que a receba por via exclusivamente eletrónica. Todavia, este dever é dispensado se ocorrer a imediata prestação em linha do produto ou serviço, dispensando-se por isso igualmente a confirmação da encomenda (DL 7/2004, art. 29º/1-2-5), pelo que o consumidor não disporá então da faculdade de confirmar a encomenda. Neste sentido, Fernanda Maria Neves Rebelo, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, cit., p. 647, subscrevendo a crítica de Morais de Carvalho, «Comércio eletrónico e proteção dos consumidores», *Themis* 13 (2006), e acrescentando que se o serviço é imediatamente prestado na sequência da encomenda então o prestador encontra-se em situação de proposta contratual, que não de convite a contratar. Solução que de resto se impõe sob pena de, por outro modo, ‘a arbitrariedade concedida ao fornecedor’ resultar em ‘desproteção do público, como adverte José de Oliveira Ascensão, «Contratação eletrónica», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, 2003, p. 60.

Parece-nos uma medida excessiva e que contrasta com a natureza imperativa do direito de retratação ou livre resolução.¹ Apesar de o consumidor poder gozar o bem com a remoção do selo ou com a transferência do conteúdo e por essa via tirar proveito da sua utilidade primária (visualizar imagens ou filmes, ler textos, ouvir músicas, jogar *videogames*), parece-nos todavia que a exclusão do direito de retratação só é possível se o dever de informação prévia tiver sido cumprido, em especial no que respeita à funcionalidade e à interoperabilidade relevantes dos conteúdos digitais. Sob pena de o consumidor fica vinculado à aquisição de um conteúdo digital de que não pode tirar proveito, não tendo sequer sido informado sobre os requisitos técnicos mínimos relativamente ao seu funcionamento e à sua interoperabilidade.

3.4.2. Exercício do direito de retratação

A Diretiva regula o modo de exercício do direito de retratação, dispondo que o consumidor pode utilizar o modelo previsto no anexo I, Parte B da Diretiva (que consiste a máxima forma admissível), ou efetuar qualquer outra declaração inequívoca em que comunique a sua decisão (art. 11º/1). Em alternativa, o profissional pode dar ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via eletrónica o referido modelo de formulário ou qualquer outra declaração inequívoca através do sítio Internet do profissional, devendo nesse caso enviar sem demora ao consumidor, num suporte duradouro, um aviso de receção do pedido de retratação, embora o ónus da prova do exercício do direito de retratação caiba em qualquer caso ao consumidor (art. 11º/3-4). A Diretiva não exclui a possibilidade de o direito de retratação ser exercido por telefone. Todavia, de modo a evitar que os custos associados à utilização deste meio inibam o exercício do direito, no caso de o fornecedor utilizar uma linha telefónica para ser contactado em relação ao contrato celebrado, o consumidor, ao contactar o profissional, tem o direito de não pagar mais do que a tarifa de base (art. 21º/1).²

O diploma interno consagra a liberdade de forma de exercício do direito de resolução (art. 11º/1), que pode ter lugar através do envio do modelo legal de «Livre resolução» ou mediante qualquer ‘declaração inequívoca’, considerando-se como tal ‘a declaração em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato designadamente por carta, por contacto telefónico, pela devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais’ (art. 11º/2). O fornecedor que disponibilize no seu sítio na Internet a livre resolução por via eletrónica deve acusar, no prazo de 24 horas, ao consumidor que utilize a receção da declaração de resolução em suporte duradouro (art. 11º/4).³

¹ A lei prescreve a nulidade das cláusulas contratuais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ou estabeleçam a renúncia ao mesmo (Diretiva 2001/83, art. 25º; DL 24/2014, art. 29º).

² Além disso, independentemente do suporte de fornecimento dos conteúdos, é necessário o consentimento do consumidor para ficar obrigado a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal do profissional (art. 22º).

³ Como se lê no preâmbulo da Diretiva, a função dos suportes duradouros ‘é permitir ao consumidor guardar as informações durante o tempo necessário para proteger os seus interesses decorrentes da sua relação com o profissional. Entre estes suportes incluem-se, em especial, papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória ou discos duros de computadores, bem como mensagens de correio eletrónico’ (considerando 23). O diploma interno coloca os exemplos de suportes na forma de norma legal com

3.4.3. Devolução e reembolso

Um outro aspeto da contratação à distância de conteúdos digitais diz respeito à devolução dos produtos adquiridos, na sequência do exercício do direito de livre resolução, e ao reembolso de eventuais pagamentos realizados.

A Diretiva estabelece que o consumidor tem o dever de devolver os bens ou entregá-los ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que tiver informado o profissional da sua decisão de retratação do contrato, a menos que o profissional se tenha oferecido para recolher ele próprio os bens (art. 13º/1). Pela natureza das coisas, a devolução dos bens só é possível quando os conteúdos digitais são fornecidos em suporte material. Nestes casos, o consumidor suporta apenas o custo direto da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar tal custo (art. 14º/1). Quanto à responsabilidade do consumidor pela depreciação dos bens, abrange apenas aquela que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens, sendo excluída, em qualquer caso, quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retratação (art. 14º/2). De notar, todavia, que sendo os conteúdos digitais fornecidos num suporte material, o direito de retratação exclui-se relativamente a gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega, pelo que a manipulação desses bens não pode significar a remoção do selo, embora deva ser bem visível ao consumidor um aviso-informação de que a remoção do selo implica a perda do direito de retratação. Por outras palavras, o consumidor não pode experimentar a gravação áudio ou vídeo ou o jogo de computador, na medida em que tal exija a remoção do selo, sob pena de perder o direito de retratação. Deverá o fornecedor, todavia, colocar na embalagem do suporte a informação necessária sobre a funcionalidade e sobre a interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, de modo a que o consumidor possa saber, antes de remover o selo, se pode ou não utilizar o referido conteúdo digital.

Relativamente aos *conteúdos digitais sem suporte material*, havendo retratação, o consumidor não tem que suportar quaisquer custos relativos ao seu fornecimento, na totalidade ou em parte, se, nos termos do art. 14º/4: i) o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias a contar da celebração do contrato, ii) o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retratação ao dar o seu consentimento, ou iii) o profissional não tiver fornecido a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento. As alíneas são alternativas e não cumulativas. Por exemplo, o consumidor pode consentir na transferência dos conteúdos antes do fim dos 14 dias a contar da celebração do contrato, mas sem reconhecer que com

exclusão das mensagens de correio eletrónico, que efetivamente são conteúdos e não suportes, i.e. instrumentos que permitam ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada (DL 24/2014, art. 3º-d e l).

isso perde o direito de livre resolução. Note-se, todavia, que nos conteúdos digitais não há propriamente devolução, no sentido de remessa física do bem adquirido, mas apenas abstenção de usar o conteúdo digital, que poderá passar pela inativação permanente ou até pelo apagamento completo do dispositivo em que foi instalado pelo consumidor (telemóvel, computador portátil ou de secretária, tablet, etc.).

O DL 24/2014 estabelece que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve reembolsar o consumidor de todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem nos termos do art. 13º/2, no prazo de 14 dias a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato (art. 12º/1). Por seu turno, o consumidor tem igualmente 14 dias a contar dessa data para devolver ou entregar o bem ao fornecedor de bens ou a uma pessoa autorizada para o efeito, incumbindo-lhe suportar o custo da devolução do bem, exceto se o fornecedor o assumir ou o consumidor não tiver sido previamente informado pelo fornecedor que tem o dever de pagar os custos de devolução. O fornecedor de bens pode oferecer-se para recolher ele próprio o bem, mas deve indicar o respetivo custo (art. 13º/1-2). Entretanto, sem prejuízo de poder inspecionar, com o devido cuidado, a natureza, as características e o funcionamento do bem, o consumidor é responsável pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento desse bem exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial, mas em caso algum se o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução (art. 14º/1-2).

Relativamente a conteúdos digitais fornecidos sem suporte material, o consumidor não suporta quaisquer custos se não tiver: dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias a contar da celebração do contrato, ou se não tiver reconhecido que isso implica perder o seu direito de livre resolução, ou o fornecedor não tiver dado a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor (art. 15º/5). Em qualquer destes casos, se os conteúdos digitais são disponibilizados em linha ao consumidor durante o ‘período de reflexão’, o consumidor não tem que suportar quaisquer custos pela utilização desses conteúdos, exceto se tiver reconhecido a perda do direito.

3.4. Fornecimento não solicitado

O consumidor não tem que pagar qualquer contrapartida pelo fornecimento não solicitado de bens ou serviços, nomeadamente conteúdos digitais, não valendo o silêncio do consumidor como consentimento (Diretiva 2011/83, art. 27º). Ou seja, a ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento dos conteúdos digitais não vale como aceitação da proposta. Parece assim que, para efeitos do Código Civil (art. 218º), a lei valora o silêncio do consumidor como declaração de rejeição da proposta, impedindo que por uso ou convenção se lhe atribua outro valor. O diploma interno não terá ido tão longe, já que apenas proíbe a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de bens, incluindo conteúdos digitais, ressalvando todavia o fornecimento de bens de substituição (DL 24/2014, art. 28º e 19º/4).

3.5. Comunicações publicitárias não solicitadas

Uma forma de chegar aos consumidores de conteúdos digitais é através da publicidade interativa e do marketing direto, nomeadamente através de mensagens por correio eletrónico. A licitude do envio das comunicações não solicitadas através de técnicas de comunicação à distância, como o correio eletrónico, depende do *consentimento prévio expresso do consumidor*. Assim dispõe o art. 8.º do DL 24/2014, que remete para a Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. É, todavia, uma remissão tecnicamente incorreta. A referida Lei transpõe a Diretiva 2009/136/CE¹, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (que revogara a Lei n.º 69/98, de 28 de outubro) - republicada em anexo - e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

Assim, onde se lê Lei 42/2012 deve ler-se Lei 41/2004, cujo art. 13º-A, sob epígrafe ‘comunicações não solicitadas’, sujeita a consentimento prévio e expresso do assinante que seja pessoa singular, ou do utilizador, o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto, designadamente através da utilização de correio eletrónico, incluindo SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas) MMS (serviços de mensagem multimédia) e outros tipos de aplicações similares. Todavia, o fornecedor de conteúdos digitais ou serviços que já tenha obtido dos seus clientes, nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais², no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto pode utilizá-las *para fins de marketing direto* dos seus próprios produtos ou serviços análogos aos transacionados, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas no momento da respetiva recolha (a) e por ocasião de cada mensagem se o cliente não tiver recusado inicialmente essa utilização (b).

Por outro lado, nos termos do art. 21.º do DL 7/2004, nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, impõe-se ao fornecedor um *dever de transparência*, no sentido de identificar claramente de modo a serem facilmente apreendidos por um destinatário comum, tanto a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva, o anunciante, e as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os respetivos termos. Ora, nos termos do art. 13º-A da Lei 41/2004, é expressamente proibido o envio de correio eletrónico para fins de marketing direto, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, em violação daquela regra, sem a indicação de um meio de contato válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações, ou que incentive os destinatários a visitar sítios na Internet que violem o disposto no referido artigo.

As comunicações não solicitadas para fins de marketing direto para pessoas coletivas não exigem o seu consentimento prévio, embora estas possam recusar futuras

¹ Diretiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

² Lei n.º 67/98, de 28 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Sobre o tema, por ex., Catarina Sarmiento e Casto, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, 2005.

comunicações e inscrever-se nas listas (*opt out*). Cabe às entidades que promovam o envio de comunicações para fins de marketing direto manter, por si ou por organismos que as representem, uma lista atualizada de pessoas que manifestaram expressamente e de forma gratuita o consentimento para a receção deste tipo de comunicações, bem como das pessoas coletivas que não se opuseram à sua receção. Por seu turno, à Direção-Geral do Consumidor (DGC) compete manter atualizada uma lista de âmbito nacional de pessoas coletivas que manifestem expressamente opor-se à receção de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto (art. 13º-A da Lei 41/2004).

4. Competência judiciária internacional e lei aplicável – o conceito de atividade dirigida

Em sede de competência judiciária internacional, tal como dispõe o Regulamento 1215/2012¹, rege o princípio da liberdade contratual, no sentido de que as partes são livres de designar, por acordo escrito, o tribunal competente para dirimir possíveis litígios entre si (art. 25). Todavia, por razões de proteção do consumidor, a liberdade das partes é limitada quando estão em causa relações entre profissionais e consumidores. Estes só podem ser obrigados a responder perante os tribunais do Estado-membro do seu domicílio quando a atividade do profissional seja dirigida a esse Estado-membro ou a vários Estados-membros incluindo esse (arts. 17º/1-c e 18º). O que se entende por atividade dirigida a um Estado-membro?

A questão tem sido discutida, designadamente se abrange a mera acessibilidade de páginas Web.² No considerando (2) do Regulamento 593/2008³ lê-se que ‘A coerência com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 [agora Regulamento 1215/2012] exige, por um lado, que se faça referência à noção de «atividade dirigida» como condição para a aplicação da regra de proteção do consumidor e, por outro lado, que esta noção seja objeto de uma interpretação harmonizada [...], 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 atividades 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 atividades». A referida declaração indica igualmente que «o 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 efetivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizada por um sítio internet não constituem elementos relevantes».’

¹ Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial. Revogou e substituiu o Regulamento n.º 44/2001 de 22 de dezembro de 2000.

² Sobre o tema, pode ver-se, com mais indicações, o nosso escrito «Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), p. 281-300

³ 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).

Considerando estes elementos, o Tribunal de Justiça, nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*¹, definiu a noção de *atividades dirigidas* no contexto da Internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao Estado-membro do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava do sítio web do profissional e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse Estado-membro. O Tribunal de Justiça apresenta para o efeito uma lista não exaustiva de indícios, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros Estados-membros para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu Estado-membro de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio web por parte de consumidores domiciliados em outros Estados-membros, etc.² Assim, para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do comerciante ou profissional no Estado-membro de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão. Se a atividade não é dirigida ao Estado-membro de domicílio do consumidor, são competentes os tribunais do Estado-membro, no qual, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados.

O mesmo deve valer em sede de lei aplicável nos termos do Regulamento Roma I. Nos contratos entre profissionais e consumidores (B2C), as partes são livres de escolher a lei aplicável, mas o consumidor não pode ser privado da proteção que lhe é conferida pelas normas imperativas da lei do EM do seu domicílio. Na falta de escolha, é aplicável a lei do país da residência habitual do consumidor no caso de o profissional dirigir as suas atividades para esse EM ou para vários EM incluindo esse, ou a lei do EM onde o prestador tem a sua residência habitual no caso de o profissional não dirigir as suas atividades para o EM da residência habitual do consumidor.

5. Conclusão

Ao longo deste trabalho analisámos a proteção do consumidor de conteúdos digitais no comércio eletrónico. O principal diploma é atualmente o DL 24/2014, que transpõe a Diretiva 2011/83 sobre os direitos dos consumidores, completado por outros diplomas, nomeadamente o DL 7/2004 (comércio eletrónico) e a Lei 41/2004 (envio de comunicações não solicitadas), bem como os Regulamentos 1215/2012 e 593/2008 respetivamente sobre tribunal competente e lei aplicável às obrigações contratuais.

Constatámos que a proteção do consumidor conhece duas velocidades, consoante o suporte de comercialização dos conteúdos digitais. Na ausência de suporte material, ou seja, no comércio eletrónico direto, o consumidor pode ser privado da sua grande conquista no comércio fora do estabelecimento ou na comercialização à distância, que é o direito de retratação ou de livre resolução. É verdade que mesmo havendo suporte

¹ C-144/09 e C-585/08, ambos de 7 de dezembro de 2010.

² Em suma, na síntese de Koen Lenaerts, «The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014)», *ELTE Law Journal*, 2014/1, p. 9-26 (19-21), para efeitos de saber se o fornecedor dirige a sua atividade a determinado Estado-Membro, cabe aos tribunais nacionais apurar, à luz dos referidos indícios, se o fornecedor tenciona celebrar contratos com consumidores desse Estado membro.

material o consumidor não tem esse direito relativamente ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega. Presume-se *iuris et de iure* que o consumidor tirou proveito dos conteúdos digitais, sendo a utilidade intelectual insuscetível de devolução dada a natureza imaterial dos bens em causa. Talvez por isso, havendo entrega imediata dos conteúdos digitais sem suporte material, se possa dizer que o consumidor não pode devolver bens cuja utilidade intelectual de todo o modo já terá extraído.

Seja como for, parece-nos que a exclusão do direito de livre resolução deverá pressupor em qualquer caso o cumprimento do dever de informação pré-contratual relativa à funcionalidade e à interoperabilidade dos conteúdos digitais. Sob pena de o consumidor adquirir conteúdos digitais sem poder saber de antemão se os pode utilizar e ficando desprovido da possibilidade de se libertar desse contrato. Por outro lado, o consumidor tem o direito de não lhe serem enviadas por correio eletrónico ou semelhantes (por ex., SMS) mensagens publicitárias, sem o seu consentimento prévio expresso, sendo que, tendo-o dado, deverá poder a qualquer altura revogar a sua autorização para o envio dessas mensagens.

A proteção do consumidor de conteúdos digitais no comércio eletrónico não é certamente perfeita. Em especial, assume proporções cada vez mais preocupantes a adição de menores (e até de maiores) aos videogames e outras aplicações disponíveis em rede, muitas vezes com custos económicos significativos. É um problema que transcende a proteção do consumidor na contratação à distância, mas que não pode deixar de ser abordado. Se o futuro passa em larga medida pela rede não deve passar apenas pela rede. Os menores não deixam de ser menores por serem também consumidores. É necessário reforçar as campanhas de educação para a vida em linha, sob pena de o ciberespaço não ser mais do que um espaço de alienação de milhões conectados em rede!

NOVOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL *

Introdução

No dia 9 de dezembro de 2015, a Comissão Europeia apresentou em Bruxelas duas propostas de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, uma sobre certos aspetos dos contratos de fornecimento de conteúdo digital¹ e outra sobre contratos de compra e venda de bens em linha ou outros meios à distância.²

Estas propostas, ainda em discussão, foram apresentadas na sequência da Comunicação da Comissão *A Digital Single Market Strategy for Europe*³, que as anuncia.⁴ A elas se junta uma proposta de Regulamento sobre a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos digitais em linha.⁵ Ao nível da infraestrutura da rede de funcionamento do mercado único digital merece referência a aprovação do Regulamento sobre Internet Aberta.⁶

Passemos em revista, sumariamente, em que consistem estes novos direitos do consumidor no mercado único digital.

1. Contratos de fornecimento de conteúdo digital e contratos de compra e venda em linha

As propostas de diretivas sobre contratos de fornecimento de conteúdo digital e contratos de compra e venda em linha destinam-se a completar a proteção do consumidor na compra e venda em linha ou por outros meios à distância, dirigindo-se uma delas especificamente aos contratos de fornecimento de conteúdo digital, que corresponde ao chamado comércio eletrónico direto. A serem aprovadas, as diretivas agora propostas serão um importante reforço da harmonização do direito do consumidor no comércio eletrónico e na contratação a distância em geral, acrescentando a outros instrumentos em vigor, nomeadamente a Diretiva 2000/31 e a Diretiva 2011/83.

Como se pode ler no memorando justificativo, as propostas dão sequência à experiência adquirida na negociação do projeto de Regulamento sobre o Direito Comum da Compra e Venda (*Draft Regulation on a Common European Sales Law*).⁷ Todavia, ao invés de um regime completo, as diretivas regulam apenas certos aspetos considerados essenciais para o bom funcionamento do mercado interno na ótica da proteção do consumidor. Em especial, a diferença de regimes de direitos do consumidor (*remedies*) é tida como um obstáculo à plena realização ao mercado interno. Sendo que as propostas avançadas pretendem contribuir para a criação de um ambiente jurídico amigável das pequenas e médias empresas.

* *Estudos de Direito do Consumidor N.º 10* (2016: 155-174).

¹ COM(2015) 634 final.

² COM(2015) 635 final.

³ COM(2015) 192 final.

⁴ http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm

⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market, COM(2015) 627 final 2015/0284 (COD), Brussels, 9.12.2015.

⁶ Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta.

⁷ COM(2011) 635 final.

1.1. Fornecimento de conteúdos digitais

A proposta de diretiva sobre contratos de fornecimento de conteúdos digitais visa colmatar uma assinalada lacuna de proteção do consumidor no mercado digital. Em especial, a Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores¹, transposta internamente pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro², harmonizou completamente o regime da informação pré-contratual e do direito de resolução, mas não regulou os direitos do consumidor (*remedies*), nomeadamente o direito de modificação e de cessação de contratos duradouros, que seriam abrangidos, a nível da EU, apenas pela diretiva das cláusulas abusivas. Além disso, os conteúdos digitais, enquanto tais, não são abrangidos pela noção de bem de consumo da diretiva sobre as garantias do consumidor na compra e venda.³

Assim, a proposta de diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais regula a conformidade do conteúdo digital com o contrato, estabelecendo os direitos do credor em caso de falta de conformidade com o contrato, bem como certos aspetos relativos ao direito de cessação de contratos de longa duração e de modificação do conteúdo digital. Neste sentido, a proposta consagra o direito de resolução em caso de não fornecimento, o direito de reparação e de redução do preço em caso de fornecimento defeituoso (não conformidade com o contrato).⁴ Consagra ainda o direito de denunciar contratos duradouros, cujo período de fidelização poderá ser de até 12 meses (artigo 16º/1). Além disso, prevê regras sobre a portabilidade transfronteiras de conteúdos, de modo a que o consumidor possa desfrutar em qualquer Estado-Membro de conteúdos digitais adquiridos noutra Estado-Membro. Este aspeto é objeto de uma proposta autónoma, que será abordada mais adiante (*infra* 2.).

A harmonização é feita em termos de harmonização completa dos direitos do consumidor nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais. Pelo que os Estados-Membros ficam privados de estabelecer um nível de proteção diferente. De todo o modo, o seu âmbito de aplicação não abrange setores como a saúde, as apostas em linha ou os

¹ Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

² Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho. Sobre este diploma, ver as *Atas do Colóquio O Novo Regime da Contratação a Distância*, sob coordenação de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, publicadas nos *Estudos de Direito do Consumidor*, 9 (2015), disponíveis em http://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf

³ Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Vide PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000), pp. 199-331.

⁴ Identificando uma lacuna de proteção do consumidor no fornecimento de conteúdos digitais pela Internet, vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 9 (2015), pp. 177-207. Sobre o impacto da revolução digital no direito dos contratos no mercado interno, ALBERTO DE FRANCESCHI (Ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Interscientia, Cambridge, 2016.

serviços financeiros. Ressalva outras diretivas aplicáveis, nomeadamente as relativas a dados pessoais e à privacidade das comunicações eletrónicas.¹

1.2. Compra e venda em linha

A proposta de diretiva dos direitos do consumidor nos contratos de compra e venda a distância estabelece regras sobre a conformidade dos bens, os direitos do credor no caso de não conformidade e as modalidades de exercício desses direitos (os chamados *remedies*). Não se aplica aos contratos de prestação de serviços, exceto os contratos mistos. Prevê uma noção ampla de compra e venda, abrangendo a promessa de venda e a empreitada. Por seu turno, a noção de bem é restrita aos móveis corpóreos (*any tangible movable*).

Na linha do acervo comunitário do direito do consumidor, a proposta consagra o conceito de falta de conformidade com o contrato, mas abrangendo igualmente a incorreta instalação do bem. O consumidor terá por isso direito à correta instalação dos bens adquiridos à distância. Todavia, a obrigação de instalação do bem não resulta necessariamente da compra e venda a distância, devendo ser objeto de acordo das partes.

Em caso de falta de conformidade com o contrato o consumidor tem o direito a que os bens sejam postos em conformidade pelo vendedor, sem custos, por via de reparação ou de substituição (artigo 9º/1). Cabe ao consumidor escolher entre a reparação ou a substituição nos termos do artigo 11º. Em alternativa, o consumidor tem o direito a redução do preço ou a resolver o contrato se a reparação ou substituição for impossível ou ilegal, se o vendedor não tiver feito a reparação ou a substituição dentro de um período de tempo razoável, se a reparação ou substituição causar inconvenientes significativos ao consumidor, ou se o vendedor tiver declarado, ou resultar das circunstâncias, que o vendedor não colocará os bens em conformidade com o contrato dentro de um período de tempo razoável (artigo 9º/3).

Entre outros aspetos a destacar, refira-se ainda que, sob epígrafe *commercial guarantees*, a proposta consagra a integração da informação pré-contratual e da publicidade no contrato (artigo 15º), e além disso prevê uma cláusula dos direitos de terceiros (*third party rights*), no sentido de que os bens comercializados devem estar livres de direitos de terceiros, incluindo direitos de propriedade intelectual. Deste modo, o vendedor tem o dever de garantir ao consumidor a autenticidade dos produtos, no sentido de não fornecer exemplares contrafeitos (por ex., vestiário desportivo ostentando marcas comerciais sem autorização dos respetivos titulares de direitos).

1.3. Apreciação

Numa apreciação geral, saudamos a iniciativa da Comissão, já que permitirá reforçar a proteção do consumidor no mercado digital, contribuindo nessa medida para a criação de um ambiente jurídico favorável à confiança nas compras em linha e no fornecimento de

¹ Entretanto foi aprovado o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), OJ L:2016:119.

conteúdos digitais.¹ Além disso, o consumidor de conteúdos digitais passa a dispor igualmente do direito de resolução, no prazo de 14 dias, embora não seja livre, mas antes condicionado à falta de conformidade dos conteúdos com o contrato. De todo o modo, é interessante registar que nos termos da proposta os contratos de utilização de serviços informáticos à distância, como contas de correio eletrónico, redes sociais, etc., deixam de ser contratos gratuitos já que a autorização para utilização de dados pessoais é equiparada ao dinheiro para efeitos do regime contratual. Nessa medida, os dados pessoais passam a ser uma *res intra commercium*².

Por outro lado, em alguns aspetos é necessário articular o regime estabelecido nas propostas com o acervo comunitário já existente e ainda com as tradições dos Estados-Membros. Por exemplo, pese embora a solução dos *third party rights* poder contribuir para a boa-fé do consumidor, terá não obstante implicações no que respeita à comercialização de bens alheios. Talvez este aspeto extravase a proteção do consumidor, entrando em domínios ainda significativamente marcados por diferenças de regime entre os Estados-Membros e que se prendem com as suas tradições jurídicas. É verdade que se trata de uma norma limitada à compra e venda efetuada por consumidor, mas, todavia, não deixará de ter impacto no regime da compra e venda, tratando-se de coisa alheia comprada a comerciante.³

2. A portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha

A proposta de regulamento destinado a assegurar a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha⁴ complementa o pacote de proteção do consumidor no mercado único digital. Tendo em conta as capacidades tecnológicas dos novos dispositivos portáteis, como os *tablets* e *smarphones*, a proposta visa assegurar que os consumidores possam usar serviços online como por exemplo o *Netflix*, que oferecem acesso a conteúdos, tais como música, jogos, filmes ou eventos desportivos, não só no seu Estado-Membro de residência, mas também quando eles estão temporariamente presentes noutros Estados-Membros da União.

O seu âmbito de aplicação abrange os acordos contratuais dos consumidores com os prestadores de serviços para a prestação de serviços de conteúdo on-line, tendo em conta barreiras jurídicas existentes como sejam a territorialidade dos direitos de autor e dos direitos conexos, incluindo em matéria de eventos desportivos. O preâmbulo esclarece que, de acordo com o direito da União, os eventos desportivos não são protegidos por direitos autorais e/ou direitos conexos (considerando 5).⁵ Todavia, são objeto de serviços

¹ A criação de um ambiente jurídico à confiança do consumidor no comércio eletrónico é um objetivo de política legislativa que percorre todo o acervo normativo da União desde as suas primeiras intervenções ao nível da definição de um quadro jurídico para a sociedade da informação – vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.

² ALBERTO DE FRANCESCHI e MICHAEL LEHMANN, “Data as tradeable commodity and new measures for their protection”, *The Italian Law Journal*, Vol. 1, 1 (2015), pp. 51-72.

³ Veja-se designadamente o artigo 1301.º do Código Civil Português.

⁴ COM(2015) 627 final.

⁵ O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre esta questão no acórdão *Football Association Premier League*, de 4 outubro de 2011, processos apensos C-403/08 & C-429/08, EU:C:2011:631, para. 98, no sentido de que “os eventos desportivos não podem ser considerados como

de conteúdos online cuja portabilidade transfronteiriça pretende assegurar. Por outro lado, este regulamento aplicar-se-á também às transmissões de organizações de radiodifusão.

Nos termos do preâmbulo da proposta, a transmissão pelo provedor de serviços on-line de conteúdo que é protegido por direitos de autor e direitos conexos exige a autorização dos titulares de direitos relevantes, tais como autores, intérpretes, produtores ou organizações de radiodifusão para o conteúdo que seria incluído na transmissão, considerando-se que o mesmo é válido quando essa transmissão ocorre com a finalidade de permitir que o consumidor realize uma transferência, a fim de usar um serviço de conteúdo on-line (considerando 9).

A este respeito, assinala-se que um dos obstáculos à portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdo on-line decorre dos contratos celebrados entre os prestadores de serviços on-line e os seus assinantes, os quais por seu turno refletem cláusulas de restrição territorial inseridas em contratos celebrados entre esses prestadores de serviços e os titulares de direitos (considerando 10). Neste sentido, o regulamento aplicar-se-á a serviços de conteúdo on-line que um prestador de serviços, depois de ter obtido os direitos relevantes de titulares de direitos para um determinado território, fornece aos seus assinantes na base de um contrato, qualquer que seja o meio desse fornecimento (*streaming*, descarga ou qualquer outra técnica de utilização desse conteúdo). Todavia, a inscrição para receber alertas de conteúdo ou uma mera aceitação de cookies HTML não deve ser considerado como um contrato para a prestação de serviço de conteúdo on-line para os efeitos do regulamento. Ou seja, o mero facto de aceitar cookies quando se visita uma página ou de inserir um endereço de email para receber alertas não será considerado indício suficiente de vontade de celebração de um contrato de serviços on-line de conteúdo.

Por outro lado, a fim de assegurar a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdo on-line é necessário exigir *imperativamente* aos prestadores de serviços on-line que proporcionem aos seus assinantes a utilização do serviço no Estado -Membro da sua presença temporária em termos de acesso ao mesmo conteúdo no mesmo intervalo e número de dispositivos, para o mesmo número de utilizadores e com a mesma gama de funcionalidades como os oferecidos no seu Estado-Membro de residência (considerando 18).

Todavia, ao mesmo tempo, não se exige ao prestador de um serviço de conteúdo on-line tomar medidas para garantir a qualidade da prestação de tais serviços para além da qualidade disponível através do acesso on-line local escolhido por um assinante enquanto temporariamente presente noutro Estado-Membro (considerando 19). Isto é, o prestador de serviço de conteúdo não pode ser obrigado a garantir uma qualidade de serviço melhor no Estado-Membro de residência temporária do que no Estado-Membro de origem do assinante. Este aspeto, todavia, é complementado pelo regulamento sobre internet aberta.

criações intelectuais qualificáveis como obras na aceção da diretiva direitos de autor. O mesmo vale, em especial, para os jogos de futebol, enquadrados por regras que não deixam margem para uma liberdade criativa, na aceção do direito de autor.” Sobre o tema, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Media rights and online betting in football matches under Portuguese law”, *The International Sports Law Journal*, Vol. 3, 3 (2014), pp. 167-178.

De modo a garantir que os prestadores de serviços de conteúdo online portáteis no Estado-Membro de residência dos assinantes possam prestar esses serviços aos seus assinantes quando estes estão temporariamente presentes noutra Estado-Membro, a prestação, o acesso e o uso de tal serviço de conteúdo on-line são tidos como ocorrendo no Estado-Membro de residência do assinante (considerando 20). Consagra-se deste modo o princípio do *passaporte europeu* para a prestação de serviços de conteúdo on-line portáteis para assinantes que permaneçam temporariamente em outros Estados-Membros, sem que para o efeito seja necessário obter autorizações adicionais.¹

Finalmente, de reter ainda que a prestação de um serviço de conteúdo on-line por um prestador de serviços a um assinante que se encontra temporariamente num Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de residência e o uso do serviço por um tal assinante de acordo com o regulamento não constituirá uma violação de direitos de autor e de direitos conexos ou de quaisquer outros direitos relevantes para a utilização do conteúdo no serviço (considerando 21 *in fine*).

Esta proposta de regulamento comprime, por conseguinte, a territorialidade do direito de autor e dos direitos conexos², na medida em que os respetivos titulares não os poderão opor aos prestadores de serviços de conteúdo online nem aos seus assinantes quando estes se encontrem temporariamente fora do seu Estado-Membro de residência. Considera-se que não se trata de uma violação de direitos de autor e/ou de direitos conexos, mas não obstante parece-nos que, tratando-se de um ato de comunicação ao público deverá ser assegurada compensação equitativa aos autores por essa utilização suplementar.³

Por outras palavras, o princípio do país de origem rege para efeitos da obtenção das necessárias autorizações, mas as utilizações efetivas deverão ser tidas em conta para efeitos de remuneração dos autores, ao menos nos termos de acordos a celebrar entre as entidades de gestão coletiva dos diferentes Estados-Membros.

3. Neutralidade da rede e internet aberta

O princípio da neutralidade da rede significa, em termos gerais, que os fornecedores de redes de comunicações eletrónicas utilizados para prestar acesso à internet e os prestadores de acesso à internet não dificultarão nem retardarão o funcionamento de serviços e de aplicações na Internet.

A neutralidade da rede não está apenas ao serviço da proteção do consumidor, sendo de alcance mais geral. No campo das telecomunicações a Lei das Comunicações Eletrónicas⁴

¹ Sobre a articulação da portabilidade de dados com a interoperabilidade das aplicações informáticas, vide SIH YULIANA WAHYUNINGTYAS, «Interoperability for data portability between social networking sites (SNS): the interplay between EC software copyright and competition law», *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 5, 1 (2015), pp. 46-67.

² Veja-se a este respeito a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, intitulada *Towards a modern, more European copyright framework*, COM(2015) 626 final. Brussels, 9.12.2015.

³ A concessão de licenças multiterritoriais por organizações de gestão coletiva de direitos em linha sobre obras musicais foi objeto de harmonização através da Diretiva 2014/26/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

⁴ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (última alteração: Lei n.º 15/2016, de 17 de junho).

consagrou no seu artigo 16º-A a neutralidade tecnológica e a neutralidade de serviços na gestão do espectro. A *neutralidade tecnológica* significa que “todos os tipos de tecnologia usados para os serviços de comunicações eletrônicas podem ser utilizados nas faixas de frequência declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrônicas e como tal publicitadas no QNAF” (nº 1, a). Por seu turno, a *neutralidade de serviços* quer dizer que “nas faixas de frequências declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrônicas e como tal publicitadas no QNAF podem ser prestados todos os tipos de serviços de comunicações eletrônicas” (nº 1, b). Compete à ARN – Autoridade Reguladora Nacional (ANACOM) garantir os princípios da neutralidade tecnológica e da neutralidade de serviços (artigo 35º).¹

Recentemente o Regulamento sobre Internet Aberta² consagrou o princípio da *neutralidade tecnológica* no sentido de proibir a imposição de um tipo específico de tecnologia e a previsão de requisitos discriminatórios que a favoreça (considerando 2).³

¹ São possíveis restrições, mas compete à ANACOM estabelecê-las dentro dos limites estabelecidos pela lei (artigo 16º-A). Deverão ser proporcionais, não discriminatórias e necessárias para evitar interferências prejudiciais; proteger a população da exposição a campos eletromagnéticos; garantir a qualidade técnica do serviço e/ou a maximização da partilha das frequências; salvaguardar a utilização eficiente do espectro; assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral definido nos termos da lei; cumprir os regulamentos das radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT). Quanto às restrições à *neutralidade de serviços*, compete à ANACOM adotar medidas que imponham que um serviço de comunicações eletrônicas seja oferecido numa faixa de frequências específica, disponível para serviços de comunicações eletrônicas, desde que justificado com a necessidade de assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral, por um lado; e que a oferta de um determinado serviço de comunicações eletrônicas numa faixa de frequências específica com exclusão de qualquer outro serviço, desde que justificada com a necessidade de proteger serviços de segurança da vida humana ou, excepcionalmente, para satisfazer outros objetivos de interesse geral previstos na lei, por outro. Objetivos específicos de interesse geral são, nos termos do artigo 16º-A/5, a segurança da vida humana; a promoção da coesão social, regional ou territorial, e da diversidade cultural e linguística e do pluralismo dos meios de comunicação, designadamente através do fornecimento de serviços de programas televisivos ou de rádio; a prevenção de utilizações ineficientes das frequências. Cabe à ANACOM publicitar as restrições à neutralidade tecnológica e à neutralidade de serviços no âmbito do QNAF (Quadro Nacional de Atribuição de Frequências), e proceder à reavaliação anual da necessidade de manutenção das restrições.

² Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta. Em vigor desde 30 de abril de 2016.

³ No Brasil, o princípio da neutralidade foi consagrado como princípio da *isonomia* da rede pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, regulamentada pelo Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016). Significa que os provedores de conexão de internet devem tratar de ‘forma isonômica’ quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço terminal ou aplicação (artigo 9º). A discriminação ou degradação do tráfego só é permitida nos termos do referido Regulamento e apenas poderá ter lugar em virtude de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e priorização dos serviços de emergência (artigo 9º, 1). Em todo o caso, o responsável pela discriminação deve, nos termos do 2 do artigo 9º: abster-se de causar danos aos usuários (1); agir com proporcionalidade, transparência e isonomia (2); informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo os seus usuários sobre as práticas de gestão e mitigação de tráfego adotadas, incluindo as relativas a segurança (3); e oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias abstando-se de praticar condutas anticoncorrenciais (4). A rede deve ser igual para todos: ao comprar um plano de internet, o usuário paga somente pela velocidade contratada e não pelo tipo de conteúdo. As empresas não poderão, então, diminuir a velocidade da conexão para serviços de voz por IP para dificultar o uso de serviços de comunicações (e.g. Skype) ou reduzir a banda de um produto de uma empresa concorrente, por exemplo. O Marco Civil dá um significado mais profundo ao princípio da neutralidade da rede já que veda aos provedores de conexão bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados e interferir nas comunicações dos usuários. Ou seja, não apenas não têm um dever de vigilância, como lhes é imposto uma obrigação de não interferir com as comunicações dos utilizadores dos seus serviços. Sobre a lei Marco Civil da Internet ver, por exemplo, RONALDO LEMOS, “Uma nova lei para

O objetivo do regulamento é desenvolver a Internet enquanto “plataforma aberta à inovação com poucos obstáculos de acesso para os utilizadores finais, fornecedores de conteúdos, aplicações e prestadores de serviços de Internet, tendo em conta que um número significativo de utilizadores finais é afetado por práticas de gestão do tráfego que bloqueiam ou tornam mais lentas algumas aplicações e serviços específicos (considerando 3).

O princípio da neutralidade tecnológica não é consagrado, enquanto tal, na letra da lei, mas antes como *garantia de acesso à internet aberta* nos termos do artigo 3º/1: os utilizadores finais têm o direito de “aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço”, sem prejuízo dos regimes legais relativos aos conteúdos, aplicações ou serviços.

O direito de acesso aberto tem *natureza imperativa* uma vez que, nos termos do artigo 3º/2, não pode ser limitado por acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os utilizadores finais sobre: a) as condições comerciais e técnicas; b) as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade; c) e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à Internet. Além disso, os prestadores de serviços de acesso à Internet devem tratar equitativamente todo o tráfego, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do recetor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado, sem prejuízo de medidas razoáveis de gestão do tráfego (artigo 3º/3). Para serem razoáveis, as referidas medidas deverão ser transparentes, não discriminatórias, proporcionais e justificadas objetivamente por razões de qualidade técnica. Pela negativa, não podem basear-se em questões de ordem comercial, nem ter por objeto o controlo de conteúdos específicos, nem ser mantidas por mais tempo do que o necessário.

Os prestadores de serviços de acesso à Internet (PSAI) não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos. Nem podem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário, para: cumprir as normas legais e regulamentares aplicáveis, e as decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes; preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos utilizadores finais; ou prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

Por outro lado, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público (incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet) e os fornecedores de conteúdos,

assegurar direitos na internet no Brasil: o Marco Civil”, *Propriedades intelectuais*, 2 (2014), pp. 30-34, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O “marco civil da internet”: a lei brasileira n.º 12965, de 23 de abril de 2014”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2015), pp. 271-290.

aplicações ou serviços podem oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos, se a otimização for necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico. Em todo o caso, só podem oferecer ou facilitar serviços se a capacidade da rede for suficiente para os fornecer além dos serviços de acesso à Internet já fornecidos, e em caso algum podem esses serviços ser utilizados ou oferecidos em substituição dos serviços de acesso à Internet, ou afetar a disponibilidade ou a qualidade geral dos serviços de acesso à Internet para os utilizadores finais. Além do mais, as medidas não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas apenas na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego.

Conclusão

Da confiança do consumidor no comércio eletrónico depende, em larga medida, o crescimento e o bom funcionamento do mercado único digital.¹ Para o efeito, a Comissão apresentou mais duas propostas de diretivas, que completam o acervo do direito da União neste domínio, e uma proposta de regulamento sobre a portabilidade transfronteiras de serviços on-line. Serão certamente instrumentos relevantes para a criação do mercado único digital, que ganhou com o regulamento sobre internet aberta um importante corpo normativo ao nível da sua infraestrutura.

Impõe-se, todavia, articular estas novas propostas com a legislação já em vigor, de modo a encontrar-se um quadro normativo coerente e consistente. O projeto de Código do Consumidor seria certamente uma oportunidade para arrumar todo este arsenal normativo que se desenvolve senão caoticamente pelo menos de forma assistemática e desordenada. Tendo em conta a importância do direito do consumidor para as empresas, podemos dizer com segurança que um Código do Consumidor bem elaborado e que abranja os desafios do mercado digital será certamente uma mais-valia para o empreendedorismo digital.

¹ “Renforcer la confiance des consommateurs et offrir une sécurité accrue aux entreprises” são duas das medidas fundamentais de promoção do comércio eletrónico apresentadas na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada *Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, COM(2016) 320 final, Bruxelles, 25.5.2016 (disponível também em alemão e inglês: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16804>).

OS PACTOS ATRIBUTIVOS DE JURISDIÇÃO NOS CONTRATOS ELETRÓNICOS DE CONSUMO*

1. Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão. Com efeito, o comércio eletrónico é, por definição, um comércio internacional, suscitando a natureza ubiqüitária da internet dificuldades ao nível da determinação prática dos critérios de conexão em matéria de competência internacional dos tribunais. Tal natureza ubiqüitária projeta-se na chamada natureza «multijurisdicional» da internet, à qual está associada uma ideia de «forum-shopping». Em ordem a reduzir este risco, é frequente a aposição de cláusulas atributivas de jurisdição nos contratos celebrados com consumidores, bem como cláusulas relativas à lei aplicável.

Prima facie, à partida, esta prática seria sancionada pelo princípio da liberdade contratual, decorrente do valor da autonomia de vontade das partes. Veremos, porém, que o princípio da proteção da parte mais fraca¹ impõe limites à liberdade de celebração de pactos de jurisdição nos contratos de consumo. Mais veremos que este princípio é, atualmente, parte integrante do direito contratual europeu.²

2. O regime de competência internacional dos tribunais portugueses está previsto nos artigos 61.º, 62.º e 65.º-A do Código de Processo Civil. Além disso, as Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988) fixam regras relativas à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, com exceção das matérias por elas excluídas, como sejam o estado e capacidade das pessoas, os regimes matrimoniais e o direito das sucessões³. Finalmente, a partir de 1 de março de 2002, os tribunais deverão determinar a sua competência segundo o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁴. Este instrumento jurídico comunitário, que é vinculativo e diretamente aplicável, incorpora as Convenções de Bruxelas e de Lugano revistas, sendo revelador de como os regulamentos parecem “estar

* *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, CDC/FDUC, Coimbra, 2001, 281-300.

¹ Sobre as origens, evolução e sentido deste princípio no direito internacional privado *vide*, por todos, R.M. Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991, com mais referências.

² *Vide* R.M. Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, AA.VV., STVDIA IVRIDICA 38, COLLOQUIA – 1, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 93 ss, esp. 104 ss (concluindo que “os princípios da autonomia das partes e da proteção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia” – p. 124).

³ *Vide* M. Teixeira de Sousa / D. Moura Vicente, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994.

⁴ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

a ganhar terreno” na harmonização do direito privado europeu¹. No plano internacional, encontra-se em discussão o Projeto de Convenção de Haia sobre competência judiciária e decisões estrangeiras em matérias civis e comerciais^{2,3}.

Vamos ter em conta, em especial, o regime previsto pelo Regulamento n.º 44/2001⁴, que se propõe servir de pilar da construção jurídica de uma nova liberdade do mercado interno: *a liberdade de circulação das decisões judiciais*⁵. Procuraremos saber em que medida é que esta nova liberdade do mercado interno é compatível com a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição nos contratos de consumo ao nível da comercialização eletrónica na Internet.

3. Os contratos são um domínio de eleição para o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição. O Regulamento dá expressão a esse princípio, admitindo tais pactos e fixando aliás a competência exclusiva dos tribunais designados, salvo convenção em contrário. Dispõe que os pactos terão que revestir a forma escrita e admite a sua celebração pela internet uma vez que consagra a equivalência

¹ J. Sinde Monteiro, *Assinatura Eletrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001, p. 271 (17. “Europeização” do direito privado).

² The draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (Hague Conference on Private International Law / Conférence de la Haye de Droit International Privé, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999 - *amended version (new numbering of articles)*). A adequação do projeto inicial da Convenção de Haia às exigências próprias do comércio eletrónico tem sido debatida por um grupo de peritos, cujas principais conclusões constam do documento *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Hague Conference, 2000 (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL JURISDICTION, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, *Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the cooperation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, Preliminary Document No 12 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001*, <http://www.hcch.ne/>).

³ Do outro lado do Atlântico, é de referir, por exemplo, que o Grupo de Trabalho da ABA sobre o Projeto Ciberespaço publicou recentemente o seu relatório, o qual versa matérias como a publicidade e a proteção do consumidor, a proteção de dados, a propriedade intelectual, os sistemas de pagamento e a banca eletrónica, as vendas de bens, a prestação de serviços e a fiscalidade na internet. *Transnational issues in cyberspace: a project on the law relating to jurisdiction*, ABA, www.kentlaw.edu/cyberlaw/.

⁴ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1-23. Para mais desenvolvimentos sobre outros aspetos do Regulamento que aqui não serão tratados *vide*, por ex., o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Direito Cibernético / Cyber Law*, Atas do Congresso Internacional promovido pela FLAD, Lisboa, 25 e 26 de Lisboa, 2001.

⁵ Considerando-se uma medida necessária para o bom funcionamento do mercado interno, o Regulamento 44/2001 visa alcançar, nesse quadro, “o objetivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial” (cons. 6), incluindo no seu âmbito de aplicação material o “essencial da matéria civil e comercial” (cons. 7) e abrangendo, em princípio, todos os litígios que tenham conexão com o território dos Estados-Membros vinculados pelo Regulamento, consistindo essa conexão no domicílio do requerido num desses Estados. Por outro lado, a liberdade de circulação de decisões visada pelo Regulamento exige que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas e executadas num outro Estado-Membro, ainda que o devedor condenado esteja domiciliado num Estado terceiro (cons. 10). Em matéria de providências cautelares, o Regulamento permite que a adoção de medidas cautelares seja requerida às autoridades judiciais de um Estado-Membro mesmo que não sejam as competentes para conhecer da questão de fundo (art. 31.º).

da forma escrita a qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto (art. 23.º, 2)¹.

Todavia, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da proteção da parte mais fraca, nomeadamente o consumidor.

4. Com efeito, a secção 4 do Regulamento fixa critérios especiais de competência em matéria de contratos celebrados por consumidores². A regra é a de que o consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma ação contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor (art. 16.º).

Este regime abrange todos os casos³ em que o contrato é concluído com uma pessoa que tem atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa atividade, *por quaisquer meios*, a esse Estado-Membro ou a vários Estados-Membros incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essa atividade. Ao referir que essa atividade pode ser dirigida “por quaisquer meios” parece o Regulamento abranger também o comércio eletrónico na Internet⁴.

Com efeito, parece ser acolhida neste domínio a jurisprudência estadunidense, nos termos da qual, seguindo a doutrina do *stream of commerce* (*International Shoe C. V. Washington*, 1945), dever-se-á distinguir consoante o site seja passivo, ativo ou antes

¹ Por razões de coerência sistemática, parece que a validade e força probatória dessa comunicação dependerá do regime das assinaturas eletrónicas instituído pela Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas.

² Consumidor é a pessoa que celebra um contrato para finalidade estranha à sua atividade comercial ou profissional. Trata-se de uma definição de consumidor não integralmente coincidente com a prevista em outros instrumentos de direito comunitário, em especial a Diretiva sobre o comércio eletrónico, que define o consumidor como qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional (cfr. art. 2.º-e, Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno - «Diretiva sobre comércio eletrónico»). Em resultado, acentua-se a noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário: *vide* o nosso estudo *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDUC/CDC, Coimbra, 2000, p. 59 ss., com mais referências.

³ Incluindo os contratos de fornecimento de viagens organizadas, embora excetuando o simples transporte.

⁴ Em comparação com o Projeto de Convenção de Haia, este último acrescenta alguns elementos. Em especial, concretiza a noção de dirigir uma atividade a um Estado, através da formulação “designadamente solicitando negócios através de meios de publicidade” (art. 7, 1-a, *in fine*), à semelhança do critério “doing business” da jurisprudência estadunidense. Além disso, acrescenta que o consumidor deverá ter dado os passos necessários para a conclusão do contrato nesse Estado. O Grupo de peritos debateu esta questão tendo sido sugerido “to include in the rule of conflicts of jurisdiction the concept of a “target”. If the enterprise has specifically targeted consumers in a particular country, it would be consistent to decide that the courts of that country have jurisdiction for consumers residing on its territory. On the other hand, if the business uses an unsophisticated site, i.e., one which does not make it possible to target certain consumers, the result will be that no particular conclusion can be drawn as regards jurisdiction. However, this development has been criticised by some experts, and is not unanimously endorsed as yet.” *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 7.

interativo (*Blue Note*), exigindo-se que a jurisdição seja “diretamente proporcional à natureza e à qualidade da atividade comercial que uma entidade exerce na Internet” (*Zippo Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, SNY 1999), isto é, atender ao “nível de interatividade e natureza comercial da troca de informação” (*Hornell Brewing v. Rosebud Sioux Tribal Court*, 8th Circ. 1998)¹.

5. Deste modo, poderá existir uma coincidência entre a competência judiciária e a lei aplicável, isto é, o tribunal competente aplicará, verificadas certas circunstâncias, a lei do respetivo Estado-Membro, uma vez que, por força da Convenção de Roma², será aplicável a lei do domicílio do consumidor.

Esta Convenção assenta no princípio de que o contrato se rege pela lei escolhida pelas Partes (art. 3.º, 1); na ausência de estipulação contratual, dispõe que o contrato será regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita, presumindo-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a Parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central (art. 4.º, 1 e 2).

Todavia, em desvio a este regime - justificado pelo imperativo da proteção da parte mais fraca -, o artigo 5.º (contratos celebrados por consumidores) estabelece que, nos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento, a escolha pelas Partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato (a); ou se a outra Parte ou o respetivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país (b); ou se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objetivo de incitar o consumidor a comprar (c).

¹ Cfr. Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues, WIPO, Geneva, May 2000, <http://ecommerce.wipo.int>, p. 13-4. Um problema que se coloca é saber se um tribunal deverá declinar jurisdição no caso de os utilizadores de um signo pretenderem evitar uma ligação com um determinado país através da colocação de um “aviso” no seu sítio da rede. Desse modo, a utilização dos signos seria territorializada, evitando ações em países nos quais pudessem existir direitos conflituantes. Note-se, todavia, que a recente jurisprudência estadunidense (*World Film Services v. RAI*, SDNY 1999) considerou satisfeito o critério do “doing business” pelo simples facto de a empresa estrangeira ré ter no território do foro uma subsidiária cujas operações controla, apesar de esta não ser parte direta da relação material controvertida. Cfr. J. Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (2000 Update), WIPO/PIL/01/2, p. 4, in *WIPO Forum on private International Law and Intellectual Property*, Geneva, January 30 and 31, 2001 – <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>.

² Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de maio de 1992.

A esta limitação à liberdade contratual acresce ainda o critério segundo o qual, na falta de escolha da lei aplicável, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as referidas circunstâncias¹. Em todo o caso, esta norma de proteção dos consumidores não se aplica ao contrato de transporte e ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual.

6. Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio eletrônico, uma vez que o exercício de atividades comerciais ou profissionais através da internet ficaria potencialmente sujeito a litígios em todos os Estados-Membros. Com efeito, na doutrina sustenta-se “como sendo dirigido ao país da residência habitual qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja suscetível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet)”².

Assim, parece que os agentes teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países, sob pena de a expressão “dirigir a atividade” na internet a um ou vários Estados-Membros poder abranger todo e qualquer sítio da rede.

A razão de ser do regime do regulamento é “proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral” (cons.13), à semelhança do que sucede com os contratos de seguro e de trabalho. O princípio da proteção da parte mais fraca justifica ainda limitações à liberdade contratual das partes no sentido de só serem permitidos pactos atributivos de jurisdição em termos restritos, sendo proibidos todos os demais (arts. 17.º e 23.º, 5). Assim, por exemplo, só se admite um pacto de jurisdição que derogue as regras especiais de competência se for posterior ao litígio (art. 17.º, 1).

7. O princípio da proteção da parte mais fraca justifica um desvio relativamente à regra geral do foro do domicílio do demandado, por um lado, e à regra especial de competência em matéria de responsabilidade contratual prevista no Regulamento, por outro.

Quanto à regra geral de competência, o regime instituído pelo Regulamento 44/2001 assenta no princípio do *forum defensoris*, ou seja, como regra geral, é atribuída competência judiciária aos tribunais do Estado de domicílio do réu, independentemente da sua nacionalidade (art. 2.º). Depois, relativamente a certas matérias, o Regulamento estabelece competências especiais de competência, permitindo que o réu possa ser demandado perante os tribunais de um Estado-Membro no qual não se encontra

¹ Esta possibilidade de o consumidor poder prevalecer-se da legislação do Estado da sua residência habitual, bem como de demandar o fornecedor nos tribunais do seu domicílio foi destacada pela Resolução do Conselho, de 19 de janeiro de 1999, sobre os aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação (1999/C 23/01), considerando-se que “no caso de transações transfronteiras efetuadas através das tecnologias da informação, os consumidores deverão, ao abrigo da legislação comunitária e das convenções de Bruxelas e de Roma, poder beneficiar da proteção concedida pela legislação do país de residência habitual e ter um acesso fácil aos procedimentos de recurso, nomeadamente no seu país de residência habitual” (10).

² L. Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, Revista da Ordem dos Advogados, 2001, p. 162.

domiciliado. Em virtude do regime de competências especiais e exclusivas que prevê, bem como do papel que se reconhece à liberdade das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição, a regra geral do foro do domicílio do demandado acaba por se revelar residual. Nos termos do Regulamento, a determinação do domicílio é feita pela legislação nacional dos tribunais junto dos quais tenha sido submetida a questão (art. 59.º)¹.

¹ Entre nós, segundo o CPC, considera-se domiciliada em Portugal a pessoa coletiva cuja sede estatutária ou efetiva se localize em território português, ou que aqui tenha sucursal, agência, filial ou delegação. Além disso, o Código Civil prevê que o domicílio profissional corresponde ao lugar onde a profissão é exercida (art. 83.º).

A este propósito convém notar que a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»), “não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais” (art. 1, 4), e exclui do domínio coordenado relativo à liberdade de circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato (art. 3, 3, e anexo). Todavia, não deixa de fornecer um importante critério para a determinação do domicílio, ao considerar que: “(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. *O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica.* Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o *centro das suas atividades* relacionadas com esse serviço específico.” Este critério de determinação do local de estabelecimento do prestador de serviços deverá informar a regra de determinação do domicílio das pessoas ou pessoas coletivas prevista no Regulamento, nos termos da qual será o local da sede social ou da administração central ou do estabelecimento principal dessa pessoa jurídica (art. 60.º, 1).

A importância da identificação dos prestadores dos serviços justificou, aliás, que a Diretiva sobre o comércio eletrónico tivesse previsto uma norma (art. 5) obrigando os Estados-Membros a assegurarem que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, direto e permanente, pelo menos, às seguintes informações: nome do prestador (1); endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido (2); elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço eletrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar direta e efetivamente com ele (3); caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo (4); caso determinada atividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente (5); no que respeita às profissões regulamentadas, a organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito, o título profissional e Estado-Membro em que foi concedido, e a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões (6); caso o prestador exerça uma atividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme (7); sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação deverá ser clara e inequívoca e explicitar obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega (8). Estas informações são obrigatórias sem prejuízo de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, em especial dos que resultam da Diretiva sobre os contratos à distância (Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância) e da Diretiva sobre indicação de preços (Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores).

Depois, a regra especial de competência em matéria de responsabilidade contratual é a de que o devedor poderá ser demandado perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em causa. O lugar de cumprimento da obrigação é o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues no caso da venda de bens (1), ou o lugar onde os serviços foram ou devam ser prestados no caso da prestação de serviços (2)¹.

Em matéria de comércio eletrónico indireto o local de cumprimento da obrigação não suscita grandes questões; todavia, a determinação deste critério já é mais complexa em sede de comércio eletrónico direto.² Pense-se, por exemplo, na compra e venda de programas de computador efetuada exclusivamente por meios eletrónicos, com encomenda, pagamento e entrega em linha mediante transferência eletrónica de dados: trata-se de venda de bens ou antes de prestação de serviços?

A orientação do direito comunitário parece apontar no sentido de que se trata de prestação de serviços.³ Todavia, a discussão não está encerrada.⁴ De resto, o mesmo problema foi suscitado no âmbito do grupo de peritos encarregado da análise da conformidade do projeto de Convenção de Haia às exigências do comércio eletrónico, sustentando-se que o correspondente preceito (o art. 6.º do Projeto⁵) não seria aplicável

¹ Declarando-se o tribunal competente para decidir o caso, terá seguidamente que determinar a lei aplicável para julgar do mérito do litígio. As questões que agora se colocam são fundamentalmente as mesmas que surgem no problema da determinação da competência judiciária, acentuando-se também a sua complexidade no ambiente em linha. Se existir um acordo contratual sobre a escolha da lei, a questão é relativamente simples. Todavia, será sempre necessário atender às regras «mandatórias» aplicáveis na jurisdição onde a proteção é reclamada. Não obstante, o princípio é o do respeito pela escolha da lei feita pelas partes (veja-se, por ex., o art. 3 da Convenção de Roma, que ressalva porém no art. 16.º a sua compatibilidade com a ordem pública do foro competente; veja-se também a sec. 109(a) da UCITA). Nos EUA, o UCC (*Uniform Commercial Code*) exige que a lei escolhida pelas partes apresente uma relação razoável com a transação em causa (por ex., tratando-se da lei do lugar do cumprimento da obrigação). Porém, este critério poderá ser muito fluído no domínio das transações do comércio eletrónico direto (cfr. WIPO Primer, p. 17). Na falta de um acordo sobre a lei aplicável, será de atender à Convenção de Roma (art. 4.º) e, nos EUA, à UCITA (sec. 109(b) – *vide infra*).

² Sobre a distinção entre comércio eletrónico direto e comércio eletrónico indireto, veja-se, por ex., o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 14-5.

³ Cfr. Diretiva sobre o comércio eletrónico, cons. 18, ilustrando exemplificativamente a noção de serviços da sociedade da informação (Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno); Diretiva Bases de Dados, art. 5.º-c, cons. 33 (Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados); Diretiva Direito de Autor na Sociedade da Informação, cons. 19 (Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação); Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio eletrónico e fiscalidade indireta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respetivas declarações acordadas, WCT, dezembro de 1996.

⁴ Por exemplo, nos EUA, bem como no Brasil, as leis de implementação dos Tratados da OMPI deixaram em aberto a qualificação dos atos de “distribuição” eletrónica, sendo que nos EUA é constante a jurisprudência que admite a distribuição por meios eletrónicos. Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, STVDIA IVRIDICA 55, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, § 48, pp. 568 ss.

⁵ Article 6 – Contracts. A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which: a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part; b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part; c) in matters relating both to the

aos contratos executados em linha. Deste modo, seria necessária uma regra suplementar para estes contratos, a qual poderia apontar no sentido da competência do foro do lugar do cumprimento ou, mais exatamente, do lugar da entrega da informação, segundo uma redação semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo do Comércio Eletrónico da UNCITRAL^{1,2}

O Regulamento prevê ainda um outro critério, nos termos do qual se não se tratar de venda de bens nem de prestação de serviços e se as partes nada tiverem convencionado quanto ao lugar de cumprimento da obrigação em questão, será aplicável a alínea a), ou seja, será competente o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão.

8. Ora, fixando a competência do foro do domicílio do consumidor, o Regulamento derroga quer a regra geral do domicílio quer a regra especial em matéria de responsabilidade contratual do lugar do cumprimento do contrato.

Trata-se de uma solução decorrente do princípio da proteção da parte mais fraca, que, além do mais, tem o mérito de evitar questões prévias que se colocam em sede de determinação do critério especial previsto para as situações de responsabilidade contratual. Como vimos, o Regulamento prevê, para estes casos, o foro do local de cumprimento da obrigação, esclarecendo que esse local será, salvo convenção em contrário, o local da entrega na venda de bens ou o local da prestação nos serviços. Porém, no domínio do comércio eletrónico direto não é certo se se trata de venda de bens ou de prestação de serviços. Interpretando o Regulamento à luz do acervo comunitário, excetuando a Diretiva sobre programas de computador³, concluiremos que se trata de serviços⁴.

9. Para além de se traduzir na fixação de um critério especial de competência para os contratos de consumo, o princípio da proteção da parte mais fraca projeta-se, ainda,

supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

¹ Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 (with additional article 5bis as adopted in 1998), Article 15. Time and place of dispatch and receipt of data messages: (4) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph: (a) if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business; (b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence.

² Num breve apontamento de direito comparado é de referir que a estadunidense UCITA (*The Uniform Computer Information Transactions Act*, 1999) prevê na secção 109(b) um regime de determinação da lei aplicável nos casos de ausência de cláusula contratual, nos termos da qual é aplicável: a lei da jurisdição na qual o licenciante está situado quando o acordo é celebrado nos casos de contratos de acesso e de entrega eletrónica de uma cópia (1); a lei da jurisdição na qual a cópia foi ou deveria ter sido entregue ao consumidor no caso dos contratos de consumo que requerem a entrega de uma cópia num suporte tangível (2); a lei da jurisdição com a conexão mais estreita ao contrato em todos os outros casos (3).

³ Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

⁴, mas como vimos, o grupo de peritos da Conferência de Haia debateu a questão em face de um artigo idêntico do Projeto, tendo concluído que esse preceito não seria aplicável no domínio dos contratos do comércio eletrónico direto e que seria necessário um preceito de teor semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL.

através da imposição de limites à liberdade contratual das partes em sede de celebração de pactos atributivos de jurisdição.

Com efeito, o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre algumas limitações impostas pelo princípio da proteção da parte mais fraca. Nos contratos de seguro, de consumo e de trabalho, o Regulamento prossegue este princípio por duas vias. Primeiro, estabelece regras especiais de competência mais favoráveis aos interesses da parte mais fraca. Segundo, limita a sua autonomia na celebração de pactos atributivos de jurisdição. Assim, por exemplo, nos contratos celebrados pelos consumidores, dispõe que o consumidor poderá sempre demandar no foro do seu domicílio a outra parte e esta só poderá demandar o consumidor no foro do domicílio dele.

Mais acrescenta que esta regra de competência especial só pode ser derogada, sob pena de ineficácia do pacto de jurisdição, se este respeitar certas condições, nomeadamente ser posterior ao nascimento do litígio. Estas regras parecem abranger os contratos de consumo na Internet, uma vez que são previstos os casos em que os contratos são concluídos com uma pessoa que dirige, por quaisquer meios, a sua atividade comercial ou profissional ao Estado-Membro do domicílio do consumidor.

10. Contudo, é prevista uma possibilidade de derrogação à regra especial de competência que não se afigura muito consonante com o princípio da proteção da parte mais fraca. Com efeito, é admitida a eficácia do pacto atributivo de jurisdição, celebrado mesmo antes do litígio, se permitir ao consumidor recorrer aos tribunais que não sejam os indicados na secção 4.

Deste modo, tudo indica que os contratos do comércio eletrónico de fornecedores de bens ou serviços incluirão uma cláusula geral nos termos da qual o consumidor poderá recorrer a um tribunal de um país terceiro. Porém, a nosso ver, a validade dessa cláusula é problemática, uma vez que poderá frustrar plenamente o sentido do princípio da proteção da parte mais fraca, senão mesmo o sentido do princípio do acesso à justiça que norteia todo o regime da competência judiciária.

O princípio da proteção da parte mais fraca, em especial o consumidor, justifica limitações à sua autonomia, em especial no que respeita a pactos atributivos de jurisdição suscetíveis de contornar as regras de competência mais favoráveis aos seus interesses. Não obstante – *et pour cause* -, é estranho que o Regulamento pareça admitir pactos atributivos de jurisdição que permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não os do foro do domicílio do consumidor ou da outra parte, tanto mais que a competência desses tribunais será em princípio exclusiva e poderá ser convencionalmente mediante adesão à distância, por meios eletrónicos, às condições gerais do contrato («click-wrap»).

Na verdade, as condições de admissibilidade de pactos derogatórios à regra de competência especial nos contratos de consumo são alternativas e não cumulativas, pelo que tal pacto não terá que ser posterior ao nascimento do litígio.

Ora, uma interpretação puramente literal leva-nos a concluir que a solução do Regulamento não é razoável. Com efeito, tal solução é suscetível de esvaziar de sentido o princípio da proteção da parte mais fraca, atentando assim contra o “espírito do

sistema”¹ que anima o Regulamento. De modo a corrigir este sentido interpretativo admitido pela letra do Regulamento, parece-nos que se deverá integrar essa cláusula derogatória com a parte final do preceito, integrada na terceira cláusula derogatória, que ressalva a possibilidade de a lei do Estado-Membro do domicílio do consumidor não permitir tais convenções.

11. Ora, quer no direito comunitário², quer no direito interno³, é prevista como exemplo indicativo de “cláusula abusiva” aquela que permite suprimir ou entravar ações judiciais (al. q do anexo referido no art. 3.º da diretiva) ou que estabelece um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º-g).

Por um lado, a diretiva sobre as cláusulas abusivas prevê que uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, considerando-se que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2). Na lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas constantes do anexo prevê-se a cláusula que permite suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente à outra parte contratante (al. q).

Por outro lado, no direito interno, o regime das cláusulas contratuais gerais prevê, como cláusula relativamente proibida aplicável também nas relações com os consumidores, a cláusula que estabeleça um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º, al. g)⁴.

Em ambos os casos trata-se de normas de aplicação não imediata. Com efeito, na diretiva comunitária a cláusula é meramente indicativa e no direito português é apenas relativamente proibida. Pelo que, saber se a lei dos Estados-Membros admite essa convenção é matéria que terá que ser determinada pelos tribunais, como questão prévia,

¹ Não será, todavia, a primeira vez que o legislador europeu, em nome da proteção do consumidor, consagra soluções que acabam por se revelar manifestamente contrárias ao espírito que, supostamente, as anima. Veja-se, a este propósito, o que escrevemos relativamente à solução da Diretiva sobre o comércio eletrónico em matéria de contratos negociados e celebrados exclusivamente por correio eletrónico em *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, cit., p. 110 ss.

² Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

³ Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de janeiro (com a redação da Declaração de retificação n.º 114-B/95) e n.º 249/99, de 31 de julho.

⁴ Note-se que o artigo 28.º determina que para a ação inibitória é competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas se a residência ou sede do demandado se localizarem no estrangeiro.

tendo em conta o quadro negocial padronizado, isto é, o “paradigma” ou “modelo... de determinado setor de atividade”¹.

Todavia, em princípio, o tribunal deverá considerar tal cláusula inválida, uma vez que poderá afetar, desde logo, o princípio do equilíbrio entre as partes, que norteia o problema da competência judiciária internacional e justifica a existência de um princípio da proteção da parte mais fraca impondo limites à liberdade contratual ao nível da celebração de pactos atributivos de jurisdição.²

12. Com efeito, o problema da competência judiciária articula-se em torno de *um princípio de equilíbrio entre as partes*, aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro.³

Por um lado, as soluções encontradas deverão respeitar o direito fundamental de acesso à justiça, sendo esta dimensão do princípio do equilíbrio das partes expressão de *ius cogens*, corporizado no direito de acesso à justiça. Por outro lado, do princípio do equilíbrio das partes decorre também o direito de o demandado não ser chamado perante um foro que seja não equitativo (*fair*), sendo a medida da exigibilidade aferida pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o foro.

Depois, o princípio do equilíbrio entre as partes exige que seja tida em consideração a relação de forças entre as partes, protegendo a parte mais fraca (por exemplo, os consumidores), quer através de regras especiais de competência mais favoráveis aos seus

¹ António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IURIDICA 61, AD HONOREM – 1, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 1116.

² Para declarar a invalidade de tal estipulação com base na lei das cláusulas contratuais gerais o tribunal terá previamente que se considerar competente. Com efeito, só se for competente é que o tribunal poderá aplicar a lei, ainda que para invalidar um pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência., mas, poderá o tribunal fundar a sua competência numa regra material de conflitos, ainda que por analogia? Propendemos para o entendimento de que o tribunal afirmará a sua competência contra tal pacto atributivo de jurisdição e, ao mesmo tempo, contra uma eventual escolha pelas partes da lei aplicável que afaste a lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”, nos termos do art. 23.º, 1, deste diploma, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho. Esta solução está em conformidade com os princípios fundamentais do problema da competência judiciária, em especial o princípio da proteção da parte mais fraca em ordem a assegurar um equilíbrio entre as partes. Esse equilíbrio será aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro, ou seja, como refere a norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”. Este será o caso quando, por exemplo, se trate de um consumidor «passivo» com residência em Portugal e os bens adquiridos devam ser entregues no seu domicílio. Sobre a articulação da norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais com a Convenção de Roma e a prescrição da diretiva sobre cláusulas abusivas, vide Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 83-98 (criticando a alteração de 99 em *Adenda*, p. 6).

³ Ver G. Kaufmann-Kohler, *Internet: Mondialisation de la Communication – Mondialisation de la Résolution des Litiges?*, in K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998, p. 92 ss. Sobre o princípio da não transatividade das leis no DIP vide, em especial, Batista Machado, *Âmbito e eficácia de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 119 ss; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973; Batista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1974, p. 9; F.J. Bronze, *Apontamentos Sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas no ano letivo de 1996-97)*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1997, p. 65-6.

interesses quer através de limitações à sua liberdade na celebração de pactos atributivos de jurisdição.¹

Estes princípios do problema da competência judiciária internacional levam-nos a sustentar, em vias de princípio, que o tribunal poderá considerar inválida uma cláusula incluída num pacto atributivo de jurisdição de um contrato eletrónico de consumo que atribua competência a um foro com o qual o contrato de consumo não tenha qualquer conexão razoável. De resto, parece-nos que, em sentido material, tal cláusula seria equiparável à situação prevista no art. 21.º, al. h), do regime dos contratos de adesão, nos termos do qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes.

13. Finalmente, a mesma solução deverá valer, *mutatis mutandis*, para as cláusulas de recurso à arbitragem. A par dos meios judiciários tradicionais assiste-se à criação de uma teia jurídica que promove o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), em especial os códigos de conduta e a arbitragem através de procedimentos de resolução em linha de conflitos².

Enquanto mecanismo de obtenção paritária e vinculante de decisões, a arbitragem, funcionando no quadro da Convenção de Nova Iorque (1959), poderá fornecer soluções únicas para os litígios multijurisdicionais resultantes do comércio eletrónico, ainda que o ritmo das atividades económicas eletrónicas exija uma redução do tempo e do custo dos procedimentos arbitrais tradicionais.

Os procedimentos de resolução em linha de litígios (arbitragem eletrónica) poderão satisfazer essas exigências. Partindo do pressuposto de que as regras atuais da arbitragem poderão ser a base a partir da qual se poderá edificar um quadro jurídico da arbitragem eletrónica, certas questões, todavia, deverão ser equacionadas, em especial no que respeita aos direitos de acesso aos documentos pelas partes (1), aos procedimentos aplicáveis em caso de ser questionada a sua autenticidade (2), aos contactos para efeitos de notificações (3), ao cálculo dos períodos de tempo tendo em conta as diferenças horárias das partes (4), aos requisitos de escrita e de assinatura das cláusulas do litígio, das comunicações das partes e das decisões (5), e ao encurtamento dos prazos de cumprimento dos diversos passos processuais (6)³.

Neste sentido, a Diretiva sobre o comércio eletrónico, considerando que deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação suscetível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias eletrónicas apropriadas e que esse ajustamento deve ter como resultado tornar real e efetivamente possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em situações transfronteiriças (51), dispõe no art. 17.º, sob epígrafe “resolução extrajudicial de

¹ Um outro fator a considerar na «equação» deste problema é que a existência de uma conexão razoável entre o litígio e o foro poderá ser mediada por exigências de eficácia, isto é, de um princípio de boa administração da justiça. Esta dimensão do direito conflitual adjetivo traduz-se na prescrição de critérios de competência exclusiva dos tribunais de um determinado Estado (por exemplo, no que respeita aos direitos reais sobre coisas corpóreas e aos direitos que dependam de registo).

² Vide Diretiva sobre comércio eletrónico, arts. 16.º e 17.º

³ Cfr. WIPO Primer, p. 24.

litígios”, que os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, *inclusive através de meios eletrónicos adequados* (1). Além disso, prevê ainda que os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas (2).¹

Porém, o papel dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos² é consagrado sem prejuízo do recurso aos meios judiciais, nomeadamente no que respeita à possibilidade de intentar ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses coletivos dos consumidores previstas na Diretiva sobre ações inibitórias³. Por outro lado, dever-se-á ter em conta que, nos termos do art. 21.º, al. h), do regime dos contratos de adesão, são absolutamente proibidas as cláusulas que prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.

¹ Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001 designou o Instituto do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, como centro de coordenação, funcionando como ponto de contacto nacional, no âmbito da Rede Europeia de Organismos Nacionais de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo.

² Sobre o papel dos ADRs, *vide*, desenvolvidamente, H. Perritt, Jr., *Electronic Commerce: Issues in Private International Law and the Role of Alternative Dispute Resolution*, WIPO/PIL/01/6, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 – <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents/>.

³ Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. Nos EUA, a Comissão Federal do Comércio e o Departamento do Comércio reuniram, em junho de 2000, em Washington para identificar os interesses envolvidos no comércio eletrónico quando as transações são concluídas entre uma empresa e um consumidor, tendo assistido diversos prestadores de serviços de resolução alternativa de conflitos. Os participantes discutiram que vias deveriam ser exploradas no futuro de modo a dar confiança aos consumidores e a incorporação destes métodos alternativos num sistema de resolução de conflitos global, especialmente em relação aos processos judiciais. Ver: www.ecommerce.gov/adr.

EMPRESA, COMÉRCIO ELETRÓNICO E PROPRIEDADE INTELECTUAL *

§ 1. Da empresa como complexo de valores

1.1. A intuição empírica de empresa de Orlando de Carvalho

Quem for confrontado com a noção pré-jurídica de empresa empiricamente intuída pelo Professor Orlando de Carvalho¹, depressa será levado a pensar que o nosso venerável Mestre era um “cibernauta” aficionado. Nas suas palavras: “Da nossa experiência da vida — linguística, mas não apenas —, decorre que a empresa é, antes de tudo, um processo produtivo (concebida a produção em sentido amplo, de modo a abranger a produção, não só de bens ou de serviços, mas de qualquer valor acrescentado em termos de circuito económico) destinado à troca sistemática e vantajosa: ou seja, à formação de um excedente financeiro que garanta quer a autorreprodução do processo, quer o estímulo a essa autorreprodução (sabido que sem autorreprodução, incluindo a necessária reprodução ampliada, não há sistematicidade, e sem estímulo à autorreprodução, esta, como dispêndio de energias, não se efetua). Sendo isso, porém, a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é, um complexo organizado de meios ou de fatores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permita emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, *lato sensu*: o mercado é o lugar ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e recetor a *se stante*.”² Ou seja, sumariamente, a empresa é caracterizada como organização de meios funcionalmente apta à intercomunicação no processo produtivo do mercado.

* Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coord. António Pinto Monteiro, FDUC, Volume I - Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, 439-478. O presente texto corresponde, com alguns desenvolvimentos, à Comunicação apresentada no Congresso *Empresas e Sociedades*, nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais (Homenagem da FDUC aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier), realizado nos dias 30 e 31 de Março de 2006 (Sessão subordinada ao tema *Empresa*, dia 31 de Março).

¹ Orlando de Carvalho atribuía às “intuições do comércio” um papel de grande valia para a teoria da empresa (*Critério e estrutura do estabelecimento comercial: I - O problema da empresa como objeto de negócios*, Atlântida, Coimbra, 1967, 686), comungando com Isay do entendimento de que “não há nenhuma ‘natureza das coisas’ de que se possam extrair normas de direito” (*Rechnorm und Entscheidung*, 81, *apud* 799, n° 191). Parece assim que Orlando de Carvalho encontrava as “intuições do comércio” na “nossa experiência da vida – linguística, mas não apenas”. Nessa medida, a doutrina da empresa não radicaria numa pura intuição intelectual, ao estilo de um cartesiano *cogito, ergo sum*. No fundo, Orlando de Carvalho seguia o método da “intuição empírica”, no sentido de a empresa não ser nem pura *empiria* nem puro *cogito*, mas antes experiência cogitada.

² Orlando de Carvalho, *Empresa e lógica empresarial*, BFD, Coimbra 1997, 5-6 (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia III). Pela negativa, “não é empresa a produção para o autoconsumo ou para a benemerência,” nem “uma especulação episódica ou ocasional”, nem “a produção que busca apenas cobrir despesas com receitas”, nem “a produção em que a pessoa do empresário tem um peso tão absorvente na formação do produto que o processo não se identifica nem subsiste sem ele.”). A versão apresentada em texto atualiza e desenvolve a noção pré-jurídica de empresa anteriormente sustentada por Orlando de Carvalho: “específico mecanismo de intervenção na economia que, constituindo um processo de produção para a troca sistemática e vantajosa (em condições de garantir a sua autorreprodução e o estímulo a essa autorreprodução), constitui uma concreta e estável organização de fatores com a suficiente funcionalidade e autonomia para emergir, na intercomunicação produtiva, como

1.2. Empresas comerciais

Empresas comerciais são aquelas “empresas cujo objeto se traduza na realização de atos (ou atividades) objetivamente mercantis”, nomeadamente, as “atividades de interposição nas trocas — *maxime*, compras de coisas para revenda (art. 463º do CCom.) —, atividades industrial-transformadoras (art. 230º- 1º do CCom), de serviços — agenciamento de negócios, exploração de espetáculos públicos (art. 230º, ns. 3º e 4º), seguros (arts. 425º ss. do CCom.) —, etc.”¹

Se isto é assim quanto ao *critério* da sua comercialidade, já no que toca à sua *estrutura* entende-se que, “em sentido objetivo”, a empresa comercial é um “bem complexo”, composto por vários elementos. A saber: coisas corpóreas (prédios, máquinas, mobiliário, mercadorias, ferramentas, matérias primas) e incorpóreas (invenções patenteadas, modelos de utilidade, marcas, nomes e insígnias de estabelecimento), e bens não coisificáveis (prestação de trabalho e de serviços, e situações de facto com valor económico — o saber fazer).”² A este elenco acrescentamos outros objetos da propriedade intelectual, nomeadamente obras e prestações protegidas por direitos de autor e conexos.

1.3. “Valores de organização”, “valores ostensivos” e “valores de exploração”

Os meios ou elementos da empresa encontram-se interligados por um *nexo funcional*. Para existir, enquanto possível objeto de negócios, a empresa carece de um mínimo de “valores ostensivos” que exprimam os “valores de organização” em que radica a empresa.³ Sendo que esses “valores ostensivos” são “constituídos pelos bens (corpóreos e incorpóreos) do estabelecimento que mantêm em relação a ele uma relativa autonomia jurídica e económica”. De todo o modo, a empresa caracteriza-se fundamentalmente por ser “uma *organização*... um sistema”, ou “centro de trocas sistemáticas”, “aberto”, “autossuficiente” e “autónomo”⁴.

A existência da empresa não carece de “valores de exploração”, ou seja, dos “que advêm ao estabelecimento após este entrar em contacto com o público e que assentam sobretudo nas relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores”. Donde decorre que, em certos termos, se pode considerar empresa “um complexo de bens de produção organizado” que ainda não entrou em funcionamento.⁵

Por outro lado, depois de ter entrado em funcionamento, admite-se a existência da empresa, enquanto objeto de negócios, na medida em que da sua negociação não sejam

um centro emissor e recetor *a se stante*.” (*Empresa e direito do trabalho*, 17 - in *Temas do Direito do Trabalho*, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, 1990).

¹ J.M. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, 26-27.

² Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 42-43.

³ Por outras palavras, a empresa “é uma organização concreta de fatores produtivos como valor de posição no mercado, organização, portanto, que, concreta como é, exige um complexo de elementos ou meios em que a mesma radica e que a tornam reconhecível.” - Orlando de Carvalho, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra, 1977, 196, em nota.

⁴ Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 43-44.

⁵ Idem, *ibidem*, 52. *Por maioria de razão*, poderá existir já empresa mesmo se a esse complexo faltarem os bens a obter aquando do tecer da rede de clientes, fornecedores e financiadores: Alexandre L. Dias Pereira, *Da franquia de empresa («franchising»)*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXIII, 1997, 251-278.

“excluídos os bens necessários para exprimir os valores de organização e (agora) de exploração da empresa.”¹ Dentro desses bens assumem especial relevo “certas situações de facto com valor económico”, a saber: “o saber-fazer (ou tecnologia, no sentido de conhecimentos não patenteados e/ou não patenteáveis de carácter científico, técnico ou empírico aplicados na prática empresarial, incluindo os “segredos da indústria ou comércio”).”²

¹ Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 55-56.

² Idem, *ibidem*, 43. Tradicionalmente, entende-se que o saber-fazer não é um bem coisificável de *per se*, no sentido de poder constituir objeto de direitos reais (cf. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, cit., 189, e nota 1). Com efeito, os segredos de negócios não são objeto de um direito absoluto *tout court*, já que a sua oponibilidade é limitada aos concorrentes que atuam no ramo de atividade ou setor de mercado relevante. Todavia, não é certo que o saber-fazer seja de todo excluído da coisalidade em direito privado. Em termos tais que o saber-fazer poderá ser computado como entrada em espécie, não obstante a complexidade do cálculo do seu valor.

O saber-fazer constitui autonomamente objeto de diversos tipos de acordos de extrema importância no universo da *praxis* negocial. Prova disso mesmo fazem certos regulamentos comunitários. O regulamento sobre acordos de transferência de tecnologia (Reg. (CE) 240/96 da Comissão, art. 10.º, 1 a 4) caracteriza em termos pormenorizados o saber-fazer, definindo-o como um conjunto de informações técnicas, que são secretas, substanciais e identificáveis. Sucintamente: o carácter secreto significa que o saber-fazer, enquanto conjunto globalmente considerado ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso, não se exigindo, porém, que cada componente individual seja totalmente desconhecido ou não suscetível de obter fora da empresa do licenciante (1); o carácter substancial significa que o saber-fazer deve abranger informações úteis, em termos de poder razoavelmente esperar-se, à data da conclusão do acordo que sejam suscetíveis, por ex., de melhorar a posição concorrencial do licenciado, ajudando-o a penetrar num novo Mercado (2); o carácter identificável significa que o saber-fazer deve ser descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se, nomeadamente, preenche os critérios de segredo e de substância (3)., mas, tratar-se-á de um direito de propriedade intelectual?

Numa breve abordagem de direito comparado, constatamos que, enquanto uns negam a tutela geral mediante um direito absoluto dos segredos enquanto tais (Ascarelli), outros sustentam a proteção do saber-fazer (secreto) através de um direito de exclusivo “imperfeito” (Troller). No direito alemão, apesar de a jurisprudência superior (BGH) qualificar esta figura como um direito de exclusão, a doutrina que nega o *Recht am Unternehmen*, seja como direito subjetivo absoluto, seja como direito especial (§ 823 I BGB), considera que se trata aqui de uma forma de proteção jurídico-empresarial dos segredos de empresa, apelando, recorrentemente, a um critério de ponderação de interesses (Baumach/Hefermehl). No sistema de *Common Law*, aceita-se que o saber-fazer tecnológico, pelo menos no que respeita aos segredos de comércio e indústria, poderá ser tratado como uma forma de propriedade intelectual, uns abertamente (Bainbridge), outros, porém, com reservas (Cornish); sendo de referir, ainda, neste horizonte, a “doutrina dos segredos de comércio” estadunidense que aproxima esta figura do “direito da moralidade comercial”, embora alguns pareçam inclinar-se para a conceção do direito exclusivo de propriedade intelectual (Alces/See). Nesta perspetiva, o Supremo Tribunal dos EUA (*Ruckelshaus v. Monsanto*, 1984) sustentou a natureza jurídica do *trade secret* como direito de propriedade, pois que é “produto do trabalho e do engenho de um indivíduo”; ou, na formulação do caso *In re Iowa Freedom of Information Council* (2d. Cir. 1984): “Trade secrets are a peculiar kind of property. Their only value consists in their being kept secret. If they are disclosed or revealed, they are destroyed”.

Ora, no quadro do novo Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, o saber-fazer (informações não divulgadas: art. 318.º) é agora protegido autonomamente enquanto segredo de negócios de concorrentes, contra atos de aquisição, utilização ou divulgação sem o consentimento do concorrente. Assim, o saber-fazer pode ser considerado uma coisa incorpórea, que nem está no domínio público, nem é, por sua natureza, insuscetível de apropriação individual, podendo, por isso, ser objeto de direitos privados, ou seja, não é uma *res extra commercium*. Além disso, parece agora claro que o preceito visa “tutelar o próprio segredo de indústria ou comércio, suprimindo a lacuna da ordem jurídica portuguesa na matéria” (Oliveira Ascensão). Ver Alexandre L. Dias Pereira, *Arte, tecnologia e propriedade intelectual*, Revista da Ordem dos Advogados, 2002, 467-485.

Todavia, a proteção dos segredos de negócios não consiste num direito absoluto *tout court*, já que pressupõe a prática de concorrência desleal, nos termos da cláusula geral prevista no art. 317.º aplicável por remissão do art. 318.º (“Nos termos do artigo anterior, constitui ato ilícito”). Assim, os segredos de

Assim caracterizado, o saber-fazer é um bem que permite exprimir “valores de organização”, isto é, os valores “devidos à articulação dos elementos da empresa, selecionados, dimensionados e combinados de modo adequado ao fim jurídico-económico dela” (Orlando de Carvalho); e, ainda, os “valores de exploração” adquiridos pela empresa com a sua entrada em funcionamento. Vale isto por dizer, que o saber-fazer poderá condensar outras “situações de facto com valor económico”, que, enquanto tais,

negócios são protegidos contra atos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica. Isto significa que a oponibilidade deste direito será limitada apenas aos concorrentes que operam no ramo de atividade ou setor de mercado relevante, tal como é entendimento pacífico na jurisprudência portuguesa. Com efeito, este é o entendimento constante do Supremo Tribunal de Justiça, como se retira dos acórdãos de 21 de fevereiro de 1969 (BMJ n.º 184(1969), 310: “Sendo totalmente diferentes, quer pela natureza, quer pela aplicação, os produtos protegidos pela mesma marca, não ocorre a figura da concorrência desleal, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor aquando da aquisição”), de 20 de dezembro de 1990 (BMJ 402/1991, 567: “A concorrência desleal relativamente a obras protegidas pelos direitos de autor só tem lugar na medida em que esteja em causa a sua exploração económica por empresas que desenvolvam atividades económicas concorrentes”), de 31 de janeiro de 1991 (“Não há concorrência desleal se os produtos são totalmente diferentes, quer pela sua natureza, quer pela sua aplicação, embora protegidos pela mesma marca, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor quando da sua aquisição, tanto mais se não são produtos substituíveis entre si, sucedâneos, complementares ou de procura conjunta.”); e de 11 de fevereiro de 2003 (CJ/STJ 2003, I, 93-6: “Para se poder falar em concorrência desleal é essencial que sejam idênticas ou afins as atividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes económicos.”). Em sentido semelhante aponta a jurisprudência dos Tribunais de Relação, como mostram o acórdão da Relação do Porto de 12 de janeiro de 1998 (“Deve entender-se que pode haver concorrência desleal entre quaisquer atividades económicas que se insiram no mesmo setor de mercado, independentemente de existir entre elas qualquer relação de identidade, substituição ou complementaridade”), e os acórdãos da Relação de Coimbra de 23 de novembro de 1999 (“não há concorrência desleal se o produto concorrente surgiu para satisfação duma necessidade que o produto concorrido não satisfazia e a semelhança existente entre os dois decorre das características obrigatórias dos mesmos e não de qualquer atuação intencional nesse sentido”) e de 12 de novembro de 2001 (“É de excluir a concorrência desleal quando as empresas em confronto se dedicam a indústrias completamente diferentes, o que pressupõe que duas empresas disputem entre si uma posição de vantagem relativa, face a uma clientela comum.”). Em suma, tal como o Supremo Tribunal de Justiça julgou no acórdão de 18 de novembro de 1997, : “III - São elementos constitutivos da concorrência desleal: o ato de concorrência que seja contrário às normas e usos honestos, referentes a qualquer ramo da atividade económica. IV - É sempre necessário uma atividade concorrencial, medida através de um critério de mercado, que se projete no público, procurando influir sobre a clientela. V - As normas são padrões sociais de comportamento, tal como os usos: uma e outros deverão ser honestos, tal como é usual praticar-se entre concorrentes no mesmo ramo de atividade económica, sem nunca atingirem a desonestidade, sob pena de poderem incorrer em concorrência desleal. VI - Qualquer ramo de atividade económica significa que a concorrência tem um âmbito económico, abrangendo, por isso, a concorrência desleal entre empresas agrícolas, no domínio dos serviços, das profissões liberais, excluídas as intelectuais não encaradas de um ponto de vista económico, mas pelo prisma de um alto nível deontológico dos serviços prestados, etc.”

A proteção dos segredos de negócios dentro de um círculo relevante de concorrência não obsta todavia a que se reconheça que o saber-fazer goza de economicidade e de individualidade próprias para poder ser considerado coisa. Nessa medida, não se resume a uma mera atividade de comunicação. O conjunto de informações que o compõem tem um valor económico autónomo. Por outro lado, os atos de utilização ou divulgação de segredos de terceiros não são ilícitos se tiverem sido autorizados, por contrato ou por lei. Neste sentido, sustentamos que as regras de descompilação dos programas de computador impõem a licitude da obtenção e utilização das informações tecnológicas imbuídas no programa para fins de interoperabilidade, isto é, o titular dos direitos não poderá contornar o imperativo da interoperabilidade por via contratual e/ou da concorrência desleal. Porém, o imperativo da interoperabilidade justifica apenas a licitude de atos de descompilação de programas de computador e de utilização das informações obtidas para esses fins., mas já não justifica a utilização de segredos de programação para fins de concorrência, tal como entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 20 de setembro de 2005, julgando que o “agente, utilizando segredo alheio, parte para a concorrência, não com as próprias capacidades, mas à custa de um ilegítima e indevida intromissão e utilização de elementos reservados da empresa alheia, havendo, por conseguinte, um aproveitamento da prestação alheia às normas e aos usos honestos.”.

não são tradicionalmente considerados elementos da empresa. São elas, a saber: a “organização interna da empresa” e as “relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores”, em que se analisam, respetivamente, os “valores de organização” e de “exploração” da empresa.

1.4. Saber-fazer e empresa

Em última análise, o saber-fazer poderá ser um elemento essencial à existência da empresa — pois que será portador das suas *Chancen* — quer antes, quer depois da sua entrada em funcionamento. Com efeito, o critério da existência da empresa radica no seu *aviamento*, isto é, genericamente, na sua “aptidão para realizar o fim para que foi criada[, sendo que] a força ou qualidade em que o aviamento objetivo ou real se traduz deriva logo da organização dos elementos do estabelecimento.”¹ Ora, estes “valores de organização” são “situações de facto com valor económico” que integram a empresa, não autonomamente, mas antes por via de outros bens que a compõem, em especial o saber-fazer.

Os “valores de organização”, uma vez expressos por “valores ostensivos” em que o saber-fazer se traduz, permitem afirmar o aviamento da empresa (ou a sua aptidão funcional), mesmo antes de ela ter entrado em funcionamento. O que significa ainda, que aquele mínimo de “valores ostensivos” não carece de integrar bens a obter aquando do tecer da rede de fornecedores, financiadores e clientes. Uma vez entrada em funcionamento, é ainda em saber-fazer que radica o “valor de acreditamento diferencial” ou “de posição no mercado” da empresa (Orlando de Carvalho). Pois que, agora, será ainda e também enquanto saber-fazer que a outra situação de facto com valor económico — a saber: a rede de relações com clientes, fornecedores e financiadores — integrará os bens que compõem o estabelecimento.

Porém, não nos parece que a empresa se possa reduzir a um *saber-fazer capaz de aviamento*, não obstante este bem ser capaz de exprimir, não apenas os “valores de organização”, mas também os “valores de exploração” da empresa. Sendo que o saber-fazer integra os “valores ostensivos”, pois que de um bem incorpóreo se trata.

1.5. A empresa como bem incorpóreo complexo

Todavia, é hoje pacífico que a empresa pode existir desprovida de “valores ostensivos” corpóreos ou materiais. Ou seja, aceita-se “a existência de estabelecimentos desprovidos de elementos materiais”². Isso não significa reduzir a empresa a um “puro plano organizatório”, nem a “meros valores de acreditamento ou de fama”³. Antes de entrar em funcionamento, o saber-fazer (capaz de aviamento) ostenta “valores de organização” capazes de gerar “valores de exploração” da empresa; depois de entrar em funcionamento, o saber-fazer exprimirá *também* os “valores de exploração” adquiridos.⁴

¹ Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, cit., 49.

² Idem, *ibidem*, 76.

³ Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, cit., 196, em nota.

⁴ O Código Comercial de Macau é um exemplo acabado da importância empresarial dos segredos de negócios, em especial do saber-fazer, nomeadamente em sede de âmbito mínimo de entrega da empresa e da obrigação de não concorrência (art. 106º e 108º), onde encontramos sob a forma de norma boa parte senão toda a doutrina da empresa como objeto de direitos e de negócios de Orlando de Carvalho. Aliás,

tributário da tradição do *Civil Law* da Europa continental, o Código Comercial de Macau é um legado da ciência jurídica Portuguesa, em especial da Escola Conimbricense de Direito Comercial e Empresarial. Com efeito, este Código inspira-se na matriz empresarial do direito comercial e, salvo em alguns aspetos, corresponde ao moderno direito comercial português. Sobre a matriz empresarial do direito comercial ver Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, cit.; Idem, *Empresa e lógica empresarial*, cit.; A. Ferrer Correia, *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, in *Estudos Jurídicos*, Atlântida, Coimbra, 1969, 255; Idem, *Lições de Direito Comercial*, vol. I (c/ colab. de Henrique Mesquita e António Caeiro), ed. copiogr., Coimbra, 1973; V.G. Lobo Xavier, *Direito Comercial* (Sumários das lições ao 3.º ano jurídico), ed. copiogr., Coimbra, 1977/1978; J. M. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, cit.; Idem, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2003, 16 ss.

O Código Comercial de Macau coloca em forma de lei boa parte do direito comercial que vigora em Portugal, ainda que de elaboração doutrinal e jurisprudencial. Exemplos disto são o regime da empresa enquanto objeto de direitos e de negócios (e.g., *trespasse* e *locação de empresa*), a possibilidade de desconsideração da personalidade societária em certas situações e, ainda, o dever dos sócios de respeitarem o interesse social, em especial no que respeita aos sócios dominantes. Além do mais, o Código reúne a regulamentação de modernos contratos de grande importância para a vida mercantil, como sejam os contratos de distribuição (agência, concessão comercial e *franchising*) e certos contratos financeiros (*leasing*, *factoring*, e as garantias bancárias), baseando-se em larga medida na legislação portuguesa (veja-se, por ex., os regimes da agência e do *leasing*) e tendo em conta também a moderna legislação mercantil (por ex., parece apoiar-se na lei espanhola que regula os contratos publicitários e tem em conta diversos instrumentos internacionais da *lex mercatoria*, por ex. a Convenção Uncitral sobre as garantias independentes). Um outro aspeto interessante é o facto de ser integrada no Código a regulação da concorrência desleal, o que se faz de modo bastante abrangente (regime de práticas concorrenciais desleais, que aproveita também aos consumidores).

A este propósito, tivemos oportunidade de versar o tema “*Uma Codificação do Direito Comercial: O Código Comercial de Macau*”, em conferências dos Conselhos Distritais de Lisboa e de Coimbra da Ordem dos Advogados, nos dias 6 e 12 de julho de 2005, respetivamente. O propósito desta Conferência/Debate, em que intervieram também Carlos Olavo (Lisboa), Daniel Andrade e Paulo Duarte (Coimbra), foi contribuir para reanimar o debate em torno de uma nova codificação portuguesa do direito comercial, apresentando em traços gerais o Código macaense e mostrando as soluções abrangentes e inovadoras que consagra, sem deixar de lhe apontar alguns reparos críticos. Perguntamos, desde logo, se não se tratará de um Código excessivamente doutrinal. Com efeito, coloca em forma de lei modernas teorias do direito comercial, como sejam a teoria da empresa como objeto de direitos e de negócios, a teoria da desconsideração da personalidade coletiva, a doutrina do dever de respeito ao interesse social, e a teoria dos títulos de crédito. Além disso, questionamos se não será uma codificação excessivamente reguladora, pois que inclui até a disciplina da concorrência e o regime da responsabilidade do produtor, bem como regimes bastantes pormenorizados dos contratos de concessão, franquia, de cessão financeira e da garantia bancária à primeira solicitação. Finalmente, uma outra crítica que se suscita é saber se o Código Comercial de Macau não será fundamentalmente um repositório de *soft law* da *lex mercatoria* internacional, tendo em conta nomeadamente a natureza não imperativa de boa parte do Código. Não obstante estes reparos, fazemos um balanço globalmente positivo da Codificação macaense e perguntamos se não poderia contribuir para uma nova codificação portuguesa do direito comercial.

Com efeito, o Código Comercial Português é ainda, ao menos formalmente, o Código que foi aprovado pela Carta de Lei de 28 de junho de 1888. Todavia, trata-se de um Código em que boa parte do seu conteúdo foi formalmente substituída por Códigos parcelares (por ex., Código das Sociedades Comerciais) e legislação avulsa ou extravagante (por ex., as leis da agência, do *leasing*, etc.). O direito comercial evoluiu para a «micro-codificação» e a legislação comercial dispersa e avulsa, que tornam o direito comercial português algo «labiríntico» e até confuso. Ao mesmo tempo, porém, foi aprovado um novo Código Comercial em Macau que supre insuficiências do sistema jurídico-mercantil português.

Assim, o que se propõe é retomar a reforma da legislação comercial (ver A. Ferrer Correia, *Sobre a reforma da legislação comercial portuguesa*, Revista da Ordem dos Advogados, 1984, 44, 5), no sentido da modernização do direito comercial através de uma nova codificação, que abranja também as exigências do comércio eletrónico, tendo em conta desde logo a importância estratégica de um moderno Código Comercial para a justiça e para o desenvolvimento. Desde logo, o regresso a um Código unificador do direito comercial é um bom princípio, com todas as vantagens da codificação (ver António Pinto Monteiro, *La Codification en Europe: le Code Civil Portugais*, Boletim da Faculdade de Direito, LXVIII 1992, 1-16). Ora, o Código Comercial de Macau poderia ser um elemento de apoio para esse trabalho de modernização do direito comercial português. Porque, na verdade, parafraseando Fernando Pessoa, talvez também aqui falte “cumprir Portugal”!

A empresa constitui “um bem incorpóreo, é um bem que assenta num lastro, menor ou maior, de valores ostensivos, ou seja, com valor jurídico-económico fora do próprio estabelecimento, valores que quase sempre incluem valores materiais (...)”.¹ Por outras palavras, a empresa é uma “coisa imaterial (não pura...)”, ou seja, “uma coisa incorpórea (complexa)”, que “pode ser objeto do direito de propriedade (e de outros direitos reais)”², constituindo, nessa medida, um objeto unitário de negócios, uma “unidade jurídica”³.

Contudo, será excessivo reduzir a empresa, pura e simplesmente, a *saber-fazer*. O “estabelecimento não pode ser (...) reduzido a um dos seus elementos (mais a clientela); é algo de individualizável, com identidade própria.”⁴ Trata-se, em suma, de “uma organização ou de um sistema”, que “não é igual à soma dos seus elementos” e “possui individualidade e qualidades próprias,” sendo, portanto, razoável afirmar “a possibilidade da coexistência entre um direito de propriedade sobre o todo (o estabelecimento) e os direitos (de propriedade ou não) sobre as suas partes”.⁵

Assim, mesmo que se trate de saber-fazer capaz de aviamento, traduzido, por exemplo, num sistema de comercialização de bens, tal saber-fazer não constituirá bem bastante para exprimir os valores de organização e de exploração da empresa, a ele não se reduzindo esta, por conseguinte. No seu *lastro ostensivo* devem poder contar-se outros bens, *ainda que igualmente imateriais*. Bens esses que confirmam *individualidade e identidade* própria à empresa, a saber: nomes e insígnias, marcas e, atento o fim económico-productivo da empresa, outros objetos da propriedade industrial (e.g., patentes, modelos de utilidade) e intelectual *stricto sensu* (e.g., direitos de autor). Sendo que a esses bens se ligam, de igual modo, em maior ou menor escala, certas situações de facto com valor económico. Pense-se, por exemplo, na importância de um sinal distintivo do comércio, *maxime* da marca —

Para um estudo do Código Comercial de Macau, ver Alexandre L. Dias Pereira, *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004. Neste estudo, analisamos, com indicações bibliográficas sobre direito comercial, diversos aspetos do Código Comercial de Macau, tais como, nomeadamente: 1.º *as obrigações dos empresários comerciais*, a capacidade comercial, a responsabilidade do produtor, a proteção e as transações de empresas (trespasse e locação de estabelecimento), e a concorrência desleal (com referência a nova legislação da propriedade intelectual relativamente a patentes, desenhos, marcas e direitos de autor); 2.º aspetos do *direito societário*, como sejam, por ex., a noção e os tipos de sociedades, o processo de constituição de sociedades, os direitos e obrigações dos sócios, as deliberações inválidas, as fusões, a dissolução de sociedades, etc; 3.º *contratos comerciais*, em especial acordos de distribuição (agência, concessão e franchising) e contratos financeiros (leasing, *factoring* e garantias bancárias autónomas); 4.º *títulos de crédito*, em especial letras de câmbio. Sobre o Código Comercial de Macau ver também J.H. Fan / A.D. Pereira, *Macau Commercial and Economic Law*, Jules Stuyck (ed.), in *International Encyclopaedia of Laws* (gen. ed. R. Blanpain), The Hague, Kluwer Law International, 2005. Como estudos sobre o projeto de Código ver, em especial, as *Jornadas* que lhe foram dedicadas, cujos artigos estão publicados no Boletim da Faculdade de Direito de Macau, n.º 9 (Teixeira Garcia (introdução) José Costa (empresa), António de Jesus Pedro (direito da concorrência), J.A. Pinto Ribeiro (direito das sociedades), M. Nogueira Serens (firmas), Frederico Rato (grupos de interesse económico), Henrique Saldanha (contratos de consórcio), A. Menezes Cordeiro (contratos bancários), A. Pinto Monteiro (contratos de distribuição), A. Santos Ramos (contratos de seguros), Sheng Jiemin and Jiang En Ci (características gerais), Filipe Cassiano Santos (leasing), Manuel Trigo (observações finais); ver também o estudo de Augusto Teixeira Garcia, *Da Reforma do Código Comercial*, no Boletim da Faculdade de Direito de Macau, vol. 7, 71).

¹ Orlando de Carvalho, *Introdução à Posse*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 115º, 107.

² Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, cit., 76-77.

³ Idem, *ibidem*, 304.

⁴ Idem, *ibidem*, 58.

⁵ Idem, *ibidem*, 76-77.

atentas as funções económicas que desempenha¹ — enquanto “fator de atração” e fixação de clientela.²

Nas palavras de Ferrer Correia, admite-se que “a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios”.³ Ou seja, o saber-fazer, enquanto tal, não basta para integrar o âmbito mínimo de bens que compõem o lastro de valores ostensivos da empresa e que são necessários para exprimir os valores de organização e, sendo já o caso, de exploração, nos quais ela, enquanto sistema mercantil, fundamentalmente se traduz.⁴

§ 2. Empresa eletrónica

2.1. O desafio empresarial do comércio eletrónico

A análise precedente da dogmática tradicional da empresa, enquanto ente *a se stante*, traz para primeiro plano a compreensão da empresa enquanto ser incorpóreo complexo., mas, será que a doutrina tradicional da empresa dispõe já de uma caracterização desta figura nuclear adequada às exigências do comércio eletrónico? Poderá esta caracterização de empresa sobreviver quando confrontada com os desafios do comércio eletrónico?⁵

Nesta ordem de ideias, um problema que se coloca preliminarmente é como determinar o local de estabelecimento da empresa num universo que não conhece fronteiras territoriais. Com efeito, na comunidade ciberespacial “já não há «dentro» nem «fora». (...) O nosso viver despacializou-se”.⁶ Além disso, o tempo cibernético – o chamado

¹ Para desenvolvimentos, Manuel Nogueira Serens, *A tutela das marcas e a liberdade de concorrência (alguns aspetos)*, Coimbra, 1990. O valor comercial das marcas resulta, em larga medida, da publicidade, em especial por via do patrocínio publicitário. Para desenvolvimentos sobre este método publicitário, com mais indicações, ver Alexandre L. Dias Pereira, *Do patrocínio desportivo (sponsoring)*, Revista Direito & Desporto, II, 6/2005, 359-365; Id., *Contratos de patrocínio publicitário («sponsoring»)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, janeiro 1998, I, Lisboa, 317-335.

² Cfr. Coutinho de Abreu, *op cit.*, 59-60. Poderá suceder os sinais distintivos não constituírem objetos puros da propriedade industrial, por suscitarem problemas de natureza atinente ao direito geral de personalidade, ou seja, à proteção da pessoa no “*son être et devenir*” (Orlando de Carvalho, *Les droits de l’homme dans le droit civil portugais*, Coimbra 1973, 11 - Separata do Boletim da Faculdade de Direito, XLIX). É o que sucede, por exemplo, nas chamadas “marcas patronímicas”, isto é, marcas constituídas pelo nome de pessoas. Apesar de o titular da marca gozar sobre esta de um “direito real (absoluto)” (A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial, I*, Coimbra, 1973, 360), na marca patronímica, em termos semelhantes aos da firma, são afetados valores ligados à proteção do direito de personalidade, a qual se opõe à sua pura «reificação», na medida em que esta seja incompatível com a *dignitas humana* tutelada pelo *ius in se ipsum* radical do “livre desenvolvimento da personalidade” (Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil (Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma, do curso jurídico de 1980/81)*, Coimbra, 1981, 180).

³ A. Ferrer Correia, *Sobre a projetada reforma da legislação comercial portuguesa*, Revista da Ordem dos Advogados, 1981, 22.

⁴ Ver, com indicações bibliográficas, Alexandre L. Dias Pereira, *Da franquia de empresa («franchising»)*, cit., 251-278.

⁵ Sobre a problemática do impacto da Internet no direito empresarial ver, por todos, Ulrich Noack / Gerald Spindler (Hrsg.), *Unternehmensrecht und Internet*, München: Beck, 2001.

⁶ José de Faria Costa, *A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)*, Studia Iuridica 73 – Colloquia 12, BFDUC, Separata de *Globalização e Direito*, 186.

“tempo real” da informática que tanto “fez minguar o tempo”¹ – desafia a nota de estabilidade da empresa. Com efeito, sendo a empresa concebida em torno dessas categorias (espaço e tempo), terá lugar no ciberespaço?, mas, afinal, o que há de novo?²

2.2. Nova economia, novas empresas

Para começar, o comércio eletrónico abrange novas atividades económicas, que surgiram na órbita das telecomunicações, do audiovisual e da informática.³ Desde logo, as chamadas empresas da Internet, que prestam serviços de acesso à rede, correio eletrónico, alojamento de páginas, grupos de discussão, instrumentos de pesquisa e transmissão de informação, para além de serviços de informação e de publicidade. Além disso, existem as empresas de software, que se dedicam ao desenvolvimento de programas de computador e bases de dados, à elaboração de conteúdos especificamente para o ambiente em rede, e aos serviços de gestão de sistemas informáticos, incluindo o «outsourcing» de sistemas de informação.⁴

2.3. Migração da economia tradicional

Depois, o comércio eletrónico abrange também as empresas que exercem atividades económicas tradicionais (e.g. serviços financeiros, venda de vestuários, etc.). Fala-se neste domínio em *migração* do comércio tradicional para o ambiente eletrónico. Na base desta migração estão as vantagens da negociação por meios eletrónicos, como sejam o *paper less trade* e o *just in time*.

Além disso, os sistemas eletrónicos em rede permitem durante 24 horas, 7 dias por semana, a disponibilização de informação relativa às empresas e aos seus produtos e/ou serviços, e a criação de postos de venda ao público à distância por meios eletrónicos.

2.4. Comércio eletrónico b2b / b2c, direto e indireto

O comércio eletrónico pode realizar-se não apenas entre empresas (B2B), mas também nas relações com os consumidores (B2C). Além disso, distingue-se consoante o comércio eletrónico seja direto ou indireto. Na primeira situação todo o percurso negocial se desenrola por meios eletrónicos, desde a oferta à encomenda, passando pelo pagamento e pela entrega dos bens. Na segunda situação, a negociação e o pagamento podem realizar-se por meios eletrónicos, mas a entrega do bem será efetuada pela via postal ou serviços de entrega, em razão da natureza corpórea do bem (e.g. vestuário) ou do suporte da sua comercialização (e.g. filme em DVD).

¹ José de Faria Costa, *Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)*, in *Diálogos constitucionais*, Org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 85.

² Ver Béatrice Tonus / Béatrice Delamotte, *Internet: quels changements pour l'entreprise?*, in *Problèmes économiques*, 2.667, 2000, 1-3.

³ Para uma primeira abordagem às questões jurídicas do comércio eletrónico ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁴ Para desenvolvimentos sobre os acordos de «outsourcing», incluindo as licenças de software e os contratos de sistema informático, ver Alexandre Dias Pereira, *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas: alguns aspetos jurídico-contratuais*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III, dezembro 1999, Lisboa, 915-1000.

2.5. Empresas eletrónicas, empresas tradicionais e empresas híbridas

O comércio eletrónico direto, B2B ou B2C, é o campo de eleição das empresas eletrónicas *stricto sensu*, isto é, das empresas que operam exclusivamente por meios eletrónicos (e.g. empresas de software e de prestação de serviços da Internet). Já a economia tradicional se serve mais do comércio eletrónico indireto, em razão da natureza corpórea dos seus bens, embora muitas atividades tradicionais operem cada vez mais por meios eletrónicos (e.g. banca eletrónica). De todo o modo, há cada vez mais *empresas híbridas*, isto é, empresas que operam tanto pelos canais tradicionais como pela Internet, se bem que a natureza corpórea dos bens que produzam não lhes permita a migração completa para o ambiente eletrónico. Fala-se também em «empresas virtuais» («virtual corporations, «Virtuelle Unternehmen»¹.

§ 3. A importância dos direitos de propriedade intelectual

3.1. Nomes de domínio e sinais distintivos

Em ambiente eletrónico, o sinal mais visível de uma empresa é o seu nome de domínio. Normalmente, o nome de domínio corresponde ao nome e/ou à marca da empresa, ou então a uma abreviatura (e.g. www.cgd.pt). Desempenha uma função de identificação (*Identifikationsfunktion*) e de endereço.²

De modo a combater o fenómeno do registo abusivo de marcas como nomes de domínio, o regulamento da FCCN relativo à atribuição de nomes de domínio³ contém salvaguardas de proteção dos titulares de direitos de marcas e afins. Todavia, estas salvaguardas podem conduzir à eliminação, *de facto*, do princípio da especialidade do direito das marcas, em virtude da regra “*first come, first served*”.⁴

¹ Davidow/Malone, *The Virtual Corporation - Structuring and Revitalizing the Corporation for the 21st Century*, New York, 1992, *apud* J. M. Coutinho de Abreu, “Empresas virtuais (esboços)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume IV - Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, 2003, 599-609. Tendo em conta sobretudo a literatura empresarial germânica, Coutinho de Abreu esboça três espécies de «empresas virtuais»: 1. ‘a empresa potencial(-virtual)’, i.e. a “ignorada” (no direito da concorrência e no mundo dos negócios – a empresa em «potência»); 2. a empresa ‘organização de meios (sobretudo) informáticos para a produção de bens imateriais na Internet’ (a ‘empresa virtual (quase) intuitiva’); 3. a empresa ‘rede (conjunto) de empresas ligadas por canais eletrónicos de informação e comunicação (a empresa virtual convencional-codificada)’, aceitando mais a empresa virtual duradoura e hierárquico-piramidal (na medida em que exista uma relação jurídico-societária de domínio) do que a empresa virtual fugaz e policêntrica (que não constituiria nem um grupo paritário de facto nem uma relação de grupo por subordinação ou por domínio). Isto não obsta, todavia, a que se possa e deva reconhecer a possibilidade de existirem grupos paritários de facto e relações de grupo de subordinação ou domínio de facto, em termos de se justificar a identificação de unidades empresariais de facto (e.g. nas redes de *franchising*), desconsiderando a personalidade jurídica atomizada dos seus elementos na medida em que o privilégio da responsabilidade limitada que lhes está normalmente ligado deva ceder perante as exigências do caso concreto.

² N. Härting, *Internetrecht*, O. Schmidt, Köln 1999, 142 (“Die Domain-Namen erfüllen im Internet die Funktion einer Adresse.”).

³ Em virtude do Regulamento da ICANN, que delega à FCCN o poder de gestão dos nomes de domínio de topo “country code” .pt. A nível europeu, é de saudar o Regulamento (CE) n.º 733/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo.eu, que pode ser comparado a uma declaração de independência da União Europeia no ciberespaço.

⁴ N. Härting, *Internetrecht*, cit., 144 (“Müllerprinzip”); Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet (A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt)*, 2004, 23. No que respeita à natureza jurídica

Além disso, a utilização de marcas como nomes de domínio poderá levar à globalização, de facto, das marcas que primeiro alcancem o registo, em especial no que respeita ao domínio de topo .com (o mais apetecido comercialmente).¹ O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a utilização de marcas como meta-dados.²

3.2. Métodos de negociação eletrónica, saber-fazer e patentes

Um outro valor ostensivo das empresas no comércio eletrónico é composto pelos métodos de negociação por meios eletrónicos (e.g. “carrinho de compras”). Em Portugal, a sua proteção poderá ser titulada enquanto saber-fazer pelo direito da concorrência desleal. A utilização do direito de patentes, muito em voga nos Estados Unidos da América, é vedada entre nós pelos limites legais ao objeto de patente, que exclui os métodos de negociação e os programas de computador enquanto tais, sem qualquer contributo (CPI, art. 52.º, 1/d).³

3.3. Programas de computador, bases de dados e direitos de autor na Internet

Bens essenciais no domínio do comércio eletrónico (diríamos essencialíssimos para as empresas eletrónicas em sentido estrito) são os programas de computador e as bases de dados. A sua proteção por direitos de autor e afins serve de instrumento de promoção da criatividade ao nível da engenharia informática e multimédia, e a criação de novos

dos direitos sobre nomes de domínio, a jurisprudência norte-americana já considerou que se trata de direitos de propriedade (ver Jay Prendergats, *Kremen v. Cohen: the “knotty” saga of sex.com*, *Jurimetrics* 45/1/2004, 75-91, comentando criticamente a decisão do Tribunal norte-americano que considerou como propriedade o direito sobre nomes de domínio). Aliás, mesmo no direito alemão, há quem defenda que o registo de nomes de domínio constitui um direito patrimonial absoluto semelhante à propriedade (ver Stefan Koos, *Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut (Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts na der Domain)*, *MMR* 6/2004, 359-365: “Die Domain ist (...) ein absolutes Vermögensrecht” - 364), ao menos enquanto elemento empresarial (Volker Boehme-Neßler, *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*, Beck, München, 2001, 118: “Domains als Bestandteil des Unternehmens... sind deshalb auch als Eigentum im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu klassifizieren.”). Não obstante, esta solução está longe de ser pacífica, já que para muitos trata-se apenas de um direito relativo entre a entidade que atribui o nome de domínio e o respetivo titular, sem gozar de oponibilidade a terceiros. Sobre a questão ver Carlo Emanuele Mayr, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, *Aida - Annali Italiani del Diritto d'Autore della Cultura e dello Spettacolo*, 5, 1996, 223-250; Alfredo Antonini, *La tutela giuridica del nome di dominio*, *DirInf* 2001, 813-825; P. Vari, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Cedam, Padova, 2001. Para desenvolvimentos sobre as implicações internacionais do regime dos nomes de domínio ver Dário Moura Vicente, *Problemática internacional dos nomes de domínio*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 43, 1/2002, 147-170.

¹ A importância dos nomes de domínio como novos “sinais distintivos” das empresas justificou a inclusão do Regulamento da FCCN na nossa coletânea de direito nacional, comunitário e internacional, incluindo jurisprudência, da *Propriedade Intelectual*, I/II, Quarteto, Coimbra, 2002/2003.

² Ver José de Oliveira Ascensão, *As funções da marca e os descritores (metatags) na Internet*, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 4, 2002, 99-120; Alexandre Dias Pereira, *Meta-tags, marca e concorrência desleal*, in *Direito Industrial*, III, APDI/FDUL, Coimbra, Almedina, 2003.

³ O aditamento da expressão “sem qualquer contributo” parece destinar-se a ajeitar o nosso direito industrial às pretensões da indústria informática, muito interessada em ver cobertos os seus processos e métodos pelo exclusivo da patente. Terá sido a via encontrada para o aparente conflito de direito internacional entre a Convenção de Munique, que proíbe tais patentes, e o Acordo ADPIC, que configura o objeto de patente em termos mais permissivos. Para desenvolvimentos sobre o tema, com indicações bibliográficas, ver Alexandre Dias Pereira, *Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, in *Direito Industrial*, I, APDI/FDUL, Coimbra, Almedina, 2001, 385-429.

direitos, como o direito do fabricante de bases de dados, destina-se a proteger o investimento na produção destas bases.¹

Por outro lado, os direitos de autor e afins encontram-se entre os principais “valores de exploração” das empresas que operam na nova economia. A Internet tornou possíveis novas formas de exploração de obras literárias e artísticas, através da distribuição eletrónica

em rede de música, filmes, textos, fotografias, etc.² As empresas de copyright

¹ Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro); Diretiva 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho). A própria informação do setor público é considerada um recurso de grande valia para o mercado interno, estando em curso trabalhos destinados a explorar o seu potencial. Para desenvolvimentos, ver Alexandre Dias Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do setor público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 243-294.

² A distribuição eletrónica de música, filmes, programas de computador ou bases de dados coloca diversos problemas em sede de ordenação sistemática. Para começar, a distribuição eletrónica em rede de criações e produções literárias ou artísticas e afins situa-se no quadro dos direitos de autor e conexos. Com efeito, o direito de distribuição é um dos direitos nucleares do exclusivo do direito de autor. É com base neste direito que o titular de direitos de autor e conexos tem o “privilégio comercial” de explorar exclusivamente certos bens intelectuais no mercado. Da nossa parte, concordamos ser “possível uma verdadeira distribuição em linha. É verdade que o exemplar não é expedido fisicamente a partir do círculo do titular como nos casos comuns, antes se forma já no âmbito do destinatário., mas isso não parece trazer uma diferença essencial. Distribuem-se exemplares, o que justifica nomeadamente o chamado esgotamento do direito. / A distribuição de obras pode fazer-se até exclusivamente em linha. Admite-se que uma obra só assim esteja disponível.” (José de Oliveira Ascensão, *Aspetos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIV, 2003, 67).

Assim, é fundamental compreender o sentido e alcance do direito de distribuição no domínio dos direitos de autor e conexos. Saber o que pode constituir objeto destes direitos, quem pode deles ser titular, e qual o seu conteúdo e limites. Esta primeira “contextualização” da distribuição eletrónica no horizonte da propriedade literária e artística é tanto mais importante quanto se atender ao fenómeno da «mundialização» (ou globalização) da propriedade intelectual, decorrente de Acordos Internacionais. Com efeito, os direitos de autor e conexos, enquanto parte da propriedade intelectual, operam atualmente à escala global, sendo a distribuição eletrónica em rede porventura uma das suas mais significativas projeções mercantis. Por outras palavras, para um *mercado global* tornado possível pela revolução das tecnologias da informação e da comunicação é instituída (por via de Acordos Internacionais) uma *propriedade global*, cuja exploração é feita através da distribuição eletrónica em rede com base em *licenças* de utilização. Ver Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Eletrónico*, Temas de Integração, *A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, Almedina, 131-151.

Isto remete-nos para uma segunda contextualização da distribuição eletrónica em rede, que é o seu enquadramento no domínio do comércio eletrónico. Efetivamente, a distribuição eletrónica em rede é um dos campos de eleição do comércio eletrónico, nomeadamente na sua modalidade de comércio eletrónico direto e «B2C». Significa isto que uma segunda dimensão da ordenação sistemática da distribuição eletrónica em rede é o seu tratamento no âmbito das normas que regem o comércio eletrónico. Destacam-se aqui problemas relativos, por exemplo, à negociação por meios eletrónicos, à proteção do consumidor ou à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação.

Uma nota comum a estas primeiras contextualizações é o relevo do direito comunitário. Quer em sede de direitos de autor e conexos quer no domínio do comércio eletrónico, a legislatura comunitária assume um papel principal na construção jurídica da chamada sociedade da informação, que se afirma juntamente com o mercado interno como fundamento da intervenção harmonizadora das instâncias comunitárias. Daí que a contextualização da distribuição eletrónica em rede no domínio dos direitos de autor e conexos seja já também um enquadramento do tema no processo de europeização do direito de autor; e que a contextualização da distribuição eletrónica em rede no âmbito do comércio eletrónico seja, de igual modo, uma abordagem ao problema da europeização do direito privado. Interessa-nos mais aquele primeiro

problema do que este último, mas registre-se que há aspetos do regime jurídico do comércio eletrónico em presença no problema da distribuição eletrónica em rede que evidenciam a europeização do direito privado.

Isso não significa que a europeização do direito de autor não seja, desde logo, uma dimensão importante da europeização do direito privado. Com efeito, o direito de autor é concebido a nível comunitário como parte da propriedade intelectual e esta como parte integrante da propriedade. Sendo a propriedade uma categoria nuclear do direito privado e devendo-se à legislatura comunitária a harmonização de muitos domínios dos direitos de propriedade intelectual, então podemos afirmar com segurança que, ao nível da propriedade intelectual, a europeização do direito privado tem dado passos muito significativos, ao ponto de se poder perguntar se este domínio não justificará uma completa harmonização na forma de um Código Europeu da Propriedade Intelectual.

Porém, contra o impacto da harmonização comunitária dos direitos de propriedade intelectual no processo de europeização do direito privado poderá opor-se a natureza não proprietária do direito de autor. Com efeito, será que a questão da natureza jurídica dos direitos de autor (e de outros direitos intelectuais) já está resolvida, apesar dos preâmbulos das diretivas comunitárias?

Esta interrogação conduz-nos a uma quarta contextualização do tema e que se traduz em saber se a distribuição eletrónica em rede corresponde a um direito de propriedade ou antes a um direito de diversa natureza, nomeadamente a um direito de monopólio (ou “privilégio comercial”). Trata-se de uma questão fundamentalmente teórica, mas nem por isso de menor valia. Não se trata de apurar a natureza jurídica de certo conceito para daí extrair consequências mais ou menos lógicas (senão mesmo ontológicas, no sentido de correspondência com a natureza da coisa) de regime. Poderá até concluir-se que funcionalmente propriedade e monopólio são noções equivalentes ou, pelo menos, que não se encontram numa relação de exclusão recíproca. De todo o modo, importa destacar o valor mercantil dos direitos de autor e conexos e a sua radical pertinência a uma “lógica empresarial”, tal como evidencia o exclusivo de distribuição e o seu exercício global através das redes eletrónicas de comunicação. Nesta perspetiva, a qualificação dos direitos de autor e conexos como direitos de propriedade ou de monopólio não resultará neutra nem indiferente no que respeita à configuração positiva e negativa dos poderes concedidos por esses direitos com relevantes projeções no domínio de problemas da maior atualidade e interesse no universo da distribuição eletrónica em rede de bens protegidos por tais direitos.

Este percurso conduz-nos à contextualização do tema da distribuição eletrónica em rede no âmbito do problema da liberdade informática. O debate tem acentuado o cerceamento dos espaços de liberdade no domínio da utilização de bens intelectuais por meios eletrónicos. Destaca-se, em especial, a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos e a tendência das leis para tudo reservarem aos titulares de direitos e pouco ou nada ao interesse geral, e menos ainda aos utilizadores finais – que parecem ser relegados ao estatuto de «potenciais piratas». A legislatura comunitária estaria ao serviço da “propriedade plena”, sem limites, visando apenas cuidar dos interesses mercantis dos titulares de direitos, sobretudo em vista das exigências do direito da OMC, que daria primazia aos interesses do comércio mundial *«über alles»*. Ver Alexandre Dias Pereira, *Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar Europeu sobre o Acordo ADPIC/TRIPS*, Revista da ABPI, São Paulo, 73, 2004, 52-59.

A problemática prende-se com a natureza jurídica das exceções aos direitos de autor e conexos e sua relação não apenas com a liberdade contratual, mas também com as medidas técnicas usadas pelos titulares de direitos para impedirem a utilização dos bens intelectuais. No domínio específico dos programas de computador, está também em causa o espaço de liberdade informática relativamente a atos de descompilação para fins de interoperabilidade. Sendo certo que a interoperabilidade é um “imperativo tecnológico” das comunicações eletrónicas, no sentido de os diferentes sistemas poderem intercomunicar livremente. A questão coloca-se, em termos análogos, relativamente ao acesso e utilização de bases de dados e, no fundo, é a velha questão do domínio da informação, ainda que agora exercido com outros meios e com novos objetos.

Para primeiro plano trazem estas questões a necessidade de uma teoria jurídica da informação que forneça argumentos convincentes do acerto de teses de interpretação que se propugnam no sentido de um equilíbrio de interesses, por certo instável, mas nem por isso menos justificado. É, portanto, uma preocupação de equidade - isto é, de procura da solução mais justa para o caso concreto - que deve presidir ao enquadramento do direito de distribuição no ambiente eletrónico. O que exige da nossa parte um arsenal metódico adequado, que se oriente na interpretação pelo “elemento teleonomológico”, que dê primazia ao espírito sobre a letra indagando o acerto das soluções, propondo soluções na falta de caso de análogo e não afastando um regime sem olhar às suas razões justificativas. Ver, com indicações bibliográficas, Alexandre Dias Pereira, *Da equidade (fragmentos)*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXX 2004, 347-402. Para desenvolvimentos sobre a importância empresarial dos direitos de autor, em especial no setor da informática, ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Studia Iuridica 55, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, com indicações bibliográficas.

pretendem colher, em exclusivo, os frutos destas novas possibilidades técnicas.

§ 4. A empresa como sistema de informação?

4.1. Cibernética empresarial

O comércio eletrónico traz para primeiro plano a importância da informação enquanto valor empresarial. Em termos que nos permitem falar de “cibernética empresarial”: no sentido de a empresa radicar num centro autónomo de comando de operações, que produz, recebe, processa e transmite informação no processo intercomunicativo do mercado. Trata-se de informação relativa, por exemplo, aos métodos de produção, marketing e negociação, aos fornecedores, financiadores, clientes, às estratégias dos concorrentes.¹

4.2. Um exemplo tirado do ramo da camionagem

A propósito da empresa como sistema de informação, Katsch - um teórico da adaptação do direito ao ambiente eletrónico - oferece-nos um exemplo particularmente ilustrativo, ainda que a propósito de uma empresa de transportes: Donald Schneider é o Presidente do Conselho de Administração da Schneider National, uma empresa que possui mais de 9 mil camiões e tem receitas superiores a 1 bilião e 250 milhões de dólares. Schneider defende que ele não administra uma empresa de camiões de transporte, chegando mesmo a dizer que “as pessoas têm a impressão errada de que o nosso negócio é conduzir camiões.” Schneider defende que o seu negócio não é a camionagem, mas antes a informação, i.e. nas suas palavras, que a empresa “Schneider é verdadeiramente um sistema de informação, mascarado de linha de camionagem”. Esta mudança de perceção deu-se quando Schneider equipou os camiões com sistemas de comunicação por satélite e computadores.²

Este exemplo é tirado do setor transportador das empresas de camionagem e oferece a compreensão da empresa como sistema de informação. Pense-se, agora, na agudeza da sua pertinência quando em causa estão empresas como a Amazon.com, a Google.com, para não falar da Microsoft.

4.3. A empresa como «gaz»

O comércio eletrónico acentua o fenómeno da desmaterialização da empresa. Este fenómeno não é propriamente novo. Já o estudámos num trabalho sobre a franquia de empresa («*franchising*»), que caracterizámos como mecanismo de estabelecimento de uma empresa num mercado espacio-temporalmente circunscrito no contrato.

¹ Os sistemas informáticos e as comunicações eletrónicas em rede são um importante instrumento de acesso à informação interna da empresa, potenciando a sua transparência em matéria de escrituração mercantil e contabilidade. Em especial, as novas tecnologias poderão ser um poderoso meio de efetivar os direitos políticos dos sócios, seja em matéria de acesso à informação da empresa seja no que toca à participação nos órgãos sociais, já que as barreiras físicas da comutação podem ser ultrapassadas pelas possibilidades técnicas da comunicação. O ponto assume especial relevância em matéria de empresas de capital disseminado. Ver Gerald Spindler, *Internet und Corporate Governance - ein virtueller T Raum?: Zum Entwurf des NaStraG*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2000, 420-445.

² M. Ethan Katsch, *Law in a Digital World*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995, 241.

Por outro lado, o pensamento filosófico caracterizou já esta nova realidade empresarial que o comércio eletrónico traz para primeiro plano. Segundo Giles Deleuze, filósofo das sociedades contemporâneas de controlo, «dans une société de contrôle, l'entreprise a remplacé l'usine, et l'entreprise est une âme, un gaz»; mais acrescenta que : « Le langage numérique du contrôle est fait de chiffres, qui marquent l'accès à l'information, ou le rejet. »¹

Ora, justamente, a caracterização de empresa dada por Orlando de Carvalho compreende, a nosso ver, a nova realidade empresarial potenciada pelos sistemas eletrónicos de informação. E que reforçam a caracterização da “empresa como sistema «autopoiético»”.²

§ 5. A determinação do local de estabelecimento da empresa no mercado interno eletrónico

Se isto é plausível no plano teórico, já na vertente prática levantam-se questões mais delicadas. Trata-se, desde logo, de situar esse «gaz» no mundo real, em termos de localização do estabelecimento para efeitos de sujeição da empresa aos requisitos de atuação no mercado interno.

5.1. A construção jurídica do mercado único eletrónico

A este respeito é de destacar o papel do direito comunitário ao nível da construção jurídica do mercado único eletrónico.³ Com efeito, em ordem a criar um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento do comércio eletrónico, o legislador comunitário adotou um conjunto de instrumentos de harmonização comunitária. Pode até dizer-se, com propriedade, que o legislador comunitário se afirmou como o principal arquiteto da sociedade da informação, que erigiu em novo desafio no virar de milénio. Entre outras medidas, destaca-se a Diretiva sobre comércio eletrónico, que reveste alguma centralidade na configuração normativa da nova economia no espaço comunitário.

O regime jurídico do comércio eletrónico no mercado interno, tendo por base os imperativos de acesso universal e da interoperabilidade e neutralidade tecnológicas, consagra diversos princípios básicos, quais sejam, sucintamente⁴: o livre acesso ao mercado (1), o controlo no país de origem e o passaporte no mercado interno (2), a exigência de transparência e a proibição do marketing agressivo (3), a liberdade contratual (no sentido da idoneidade da declaração eletrónica como meio de manifestação da vontade e de equiparação ao documento escrito do documento com assinatura eletrónica

¹ Giles Deleuze, *Les sociétés de contrôle*, L'Autre Journal, mai 1990, 111-114.

² Gunther Teubner, *O direito como sistema autopoiético* (trad. e pref. Engrácia Antunes, Lisboa), Lisboa, 264.

³ Alexandre Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXVII, Coimbra, 2001, 633-687.

⁴ Para desenvolvimentos ver Alexandre Dias Pereira, *Princípios do comércio eletrónico (breve apontamento ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro)*, Miscelâneas, nº 3, IDET, Coimbra, Almedina, 2004, 75-112.

certificada) (4), a liberdade de navegação na rede (5), e a «informalização» dos meios de resolução de litígios ou ADRs (6). Todos estes princípios sofrem derrogações, nomeadamente o princípio do controlo no país de origem em matéria de direito de autor e de outras formas de propriedade intelectual, e o princípio da liberdade contratual por razões de defesa do consumidor.¹

Assim, dentro das definições básicas deste quadro jurídico comunitário do comércio eletrónico destaca-se, desde logo, a preservação das liberdades mercantis na “economia digital” e da liberdade contratual, limitadas pela proteção, nomeadamente, dos consumidores e da saúde pública.² Um outro aspeto nuclear do direito europeu do ciberespaço é a proteção dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas, ainda que reduzindo tais dados a informação que deverá circular livremente no mercado interno. Além disso, o direito comunitário do ciberespaço dá grande valor à propriedade intelectual, consagrando novos objetos de proteção (programas de computador e bases de dados eletrónicas), novos direitos (o direito *sui generis* do fabricante de bases de dados, a proteção dos serviços de acesso condicional) e reforçando-os nomeadamente através proteção jurídica das medidas tecnológicas de proteção e gestão de direitos de autor e conexos.

O valor que o legislador comunitário atribui aos direitos de autor na sociedade da informação não deixa de ter em conta, ao mesmo tempo, outros valores também relevantes no ciberespaço, como sucede com a liberdade de concorrência no mercado informático (e.g. o imperativo de interoperabilidade e o regime da descompilação de software), o acesso à informação do setor público, os direitos dos utilizadores de bens digitais e as liberdades sociais e culturais (e.g. liberdade de expressão, informação, educação, ciência), em termos que sugerem a criação de um domínio público cibernético e de liberdade de navegação na Internet.³

A jurisdição no ciberespaço é um outro leque de problemas que o direito comunitário tem procurado resolver, ao menos no espaço da União Europeia, no que respeita ao tribunal competente, à lei aplicável e também à consagração de meios alternativos de resolução de litígios.⁴

5.2. O local de estabelecimento e o princípio do país de origem

A diretiva sobre comércio eletrónico sujeita os prestadores de serviços da sociedade da informação ao princípio do país de origem. Pressuposto de aplicação deste princípio é a existência de prestador de serviços da sociedade da informação estabelecido no território de um Estado-Membro. Tendo em conta as definições, nomeadamente do art. 2.º-b/c, não basta, para efeitos deste princípio, que se trate de um simples prestador de

¹ Ver Alexandre Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, CDC/FDUC, Coimbra, 2001, 281-300.

² Sobre o comércio eletrónico no setor farmacêutico ver Alexandre Dias Pereira, *Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet e Saúde pública e liberdade económica: aspetos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos*, ambos in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 1/2, CDB/FDUC, 33-42 e 39-51.

³ Ver Alexandre Dias Pereira, *A liberdade de navegação na Internet (browsers, hyperlinks, meta-tags)*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, Coimbra, 2002, 227-260.

⁴ Para desenvolvimentos e indicações bibliográficas ver Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005.

serviços, isto é, de qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço no âmbito da sociedade da informação. É necessário que se trate de um prestador de serviços estabelecido, isto é, de um prestador que efetivamente exerça uma atividade económica (i.e. não política ou cultural) através de uma instalação fixa (i.e. não volátil), por um período indefinido (embora o preâmbulo ressalve que se poderá tratar de uma sociedade constituída por um período determinado).

Além disso, é necessário que o prestador de serviços esteja estabelecido no território de um Estado-Membro, estabelecendo-se que a presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologias necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador (art. 2.º-c, 2.º período). A determinação do local de estabelecimento é feita de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça¹, esclarecendo-se que: 1. quando se tratar de uma sociedade fornecedora de serviços através de um sítio Internet, o local de estabelecimento não será aquele onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que o mesmo é acessível; 2. quando um prestador estiver estabelecido em mais de um Estado-membro, a jurisdição competente será a do Estado-membro em cujo território o prestador tiver o seu centro de atividades, sendo previstos mecanismos de cooperação entre os Estados-membros e a convocação urgente do Comité Consultivo para determinar o Estado-membro de estabelecimento em caso de dificuldades.

Nos termos do preâmbulo (considerando 19): “A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica.” Assim, por exemplo, o facto de um prestador de serviços ter um nome de domínio “.com”, atribuído pela ICANN, e de utilizar um servidor localizado nos EUA não significa que esteja estabelecido no território deste país.² Para o efeito, será necessário apurar o local em que desenvolve a sua atividade económica efetiva, em especial o território no qual se encontra localizado o “cérebro” da empresa.

Ainda nos termos do considerando 19: “Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas atividades relacionadas com esse serviço específico.” Por exemplo, uma empresa com sucursais em diversos Estados-Membros considerar-se-á estabelecida no território do Estado-Membro de cada sucursal,

¹ TJCE Caso 33/78 Somafer SA v Saar-Ferngas AG, ECR 1978, 2183.

² Ver José de Oliveira Ascensão, *O comércio eletrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, Prefácio, ANACOM, Lisboa: ICP, 2004, 106.

sendo necessário apurar em relação a cada serviço específico qual é a sucursal que presta esse serviço, ou seja, a fonte dessa atividade.

Isto poderá resultar no estilhaçamento do princípio do país de origem relativamente às empresas plurilocalizadas. Com efeito, estando estas empresas estabelecidas em diversos Estados-Membros, cada uma das suas unidades locais poderá ser considerada fonte de atividade relativamente a cada serviço específico, em termos de a empresa plurilocalizada ficar sujeita ao controlo no território de cada Estado-Membro de estabelecimento. Tanto mais que o critério do centro de atividades não se aplica indiscriminadamente aos serviços da empresa, mas antes em relação a cada serviço específico.

5.3. O princípio do país de origem como ferramenta do mercado interno

A diretiva sobre comércio eletrónico (2000/31/CE) sujeita a atividade de prestação de serviços da sociedade da informação ao princípio do país de origem (art. 3.º). Este princípio impõe aos Estados-Membros deveres de atuação positivos e negativos: por um lado, compete a cada Estado-Membro assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado (n.º 1); por outro lado, os Estados-Membros não podem, por razões que relevam do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro (n.º 2).¹

O princípio do país de origem colhe a sua justificação enquanto ferramenta do mercado interno ao nível da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação. Segundo a jurisprudência do TJCE, “o conceito de um mercado comum, tal como definido pelo Tribunal numa série de decisões, envolve a eliminação de todos os obstáculos ao comércio intracomunitário em ordem à fusão dos mercados nacionais num mercado único, gerando condições tão próximas quanto possível das de um mercado interno genuíno”.² Ora, o princípio do país de origem é entendido como uma ferramenta essencial para a criação de um “mercado interno genuíno”.³

Com efeito, o objetivo da Diretiva 2000/31/CE é “contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação de serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros” (art. 1.º, 1). Na medida do necessário à realização deste objetivo, a diretiva aproxima certas disposições nacionais aplicáveis aos serviços da sociedade da informação relativas ao mercado interno (princípio do país de origem:

¹ Esta dimensão proibitiva por exigências do mercado interno encontra-se também, nomeadamente, na diretiva sobre práticas comerciais desleais (art. 4.º). Para desenvolvimentos sobre esta diretiva, em especial no que respeita ao seu impacto no regime da utilização de comparações em mensagens publicitárias, ver Alexandre Dias Pereira, *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, CDC/FDUC, 2005.

² Caso 15/81, 5.5.1992 (*Schul*), ECR 1982, 1431-2.

³ Nos termos do considerando 22 da diretiva sobre comércio eletrónico: “O controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da atividade, a fim de garantir uma proteção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa proteção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade. Para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem. Além disso, a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido”.

art. 3.º), ao estabelecimento dos prestadores de serviços (princípio de não autorização prévia e obrigações gerais a prestar: arts. 4.º e 5.º), às comunicações comerciais (deveres de prestação de informação e de identificação da publicidade não solicitada, e possibilidade de publicidade nas profissões regulamentadas: arts. 6.º a 8.º), aos contratos celebrados por meios eletrónicos (idoneidade da declaração de vontade eletrónica, requisitos de prestação de informação e da ordem de encomenda: arts. 9.º a 11.º), à limitação da responsabilidade dos intermediários (por simples transporte, armazenagem temporária, e armazenagem em servidor, e proibição de obrigação geral de vigilância: arts. 12.º a 15.º)¹, aos códigos de conduta (art. 16.º), à garantia de possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos (art. 17.º), à eficácia das ações judiciais, incluindo providências cautelares (art. 18.º) e à cooperação entre Estados-Membros (meios de controlo e de contacto: art. 19.º).

Por outro lado, a diretiva dispõe que “é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de proteção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação” (art. 1.º, 3). Em especial, as Diretivas 93/13/CEE (cláusulas abusivas) e 97/7/CE (contratos à distância) são consideradas “um elemento essencial da proteção do consumidor em matéria contratual. Estas diretivas aplicam-se igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação”, sendo a diretiva sobre comércio eletrónico “complementar dos requisitos de informação fixados nas diretivas citadas, e em especial na Diretiva 97/7/CE” (11).²

5.4. Limites ao princípio do país de origem

Apesar da sua importância enquanto instrumento do mercado interno, o princípio do país de origem não é de âmbito universal. Desde logo não se aplica aos domínios excluídos do *âmbito de aplicação* da diretiva (art. 1.º, 5). Na delimitação negativa deste âmbito encontra-se, aliás, uma atividade de natureza sensível do ponto de vista da proteção da ordem pública e do consumidor. Trata-se dos jogos de azar em que é feita uma aposta em dinheiro em jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas (art. 1.º, 5/d, 3º trav.). Os chamados casinos virtuais, bem como as atividades em linha de lotarias e apostas, enquadram-se na noção de serviços da sociedade da informação. Pela sua natureza sensível do ponto de vista da proteção, nomeadamente, do consumidor, estes serviços de apostas em linha constituem um domínio em que a aplicação da “regra de

¹ Nos termos do preâmbulo: (42) As isenções de responsabilidade estabelecidas na presente diretiva abrangem exclusivamente os casos em que a atividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal atividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.”

² Para desenvolvimentos sobre a proteção do consumidor no comércio eletrónico ver Alexandre Dias Pereira, *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico e Comércio eletrónico e consumidor*, ambos nos *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 2 e 6, CDC/FDUC, 2000 e 2004.

razão” do Tribunal de Justiça será especialmente fértil ao nível da justificação de restrições à liberdade de prestação de serviços por meios eletrónicos.¹

Por outro lado, o princípio do país de origem é delimitado negativamente pelo conceito de *domínio coordenado*, que não integra todas as matérias relevantes em matéria de prestação de serviços da sociedade da informação. A diretiva determina positiva e negativamente as matérias que integram o domínio coordenado. Segundo a diretiva (art. 2.º-h), o domínio coordenado integra os requisitos de acesso ao mercado e os requisitos de atuação no mercado. Pela negativa, o domínio coordenado, por integrar apenas requisitos relativos à prestação de serviços por meios eletrónicos, não abrange exigências tais como as aplicáveis às mercadorias, enquanto tais, à entrega de mercadorias, e aos serviços não prestador por meios eletrónicos.

Da configuração do domínio coordenado resulta que o princípio do país de origem se aplica plenamente ao comércio eletrónico direto, mas já não à dimensão não eletrónica do chamado comércio eletrónico indireto. Por exemplo, as regras de venda à distância, por meios eletrónicos, de medicamentos, cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos integram o domínio coordenado, mas o regime desses produtos já não.

Para além dos limites resultantes do âmbito de aplicação da diretiva e do domínio coordenado, o princípio do país de origem é objeto de uma lista considerável de derrogações prevista no Anexo (art. 3.º, 3). Entre outras matérias, tais como a propriedade intelectual (direitos de autor e conexos, direitos sui generis, e propriedade industrial), destacam-se, com especial relevo no domínio da proteção do consumidor, a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato, as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidor e a autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico.

¹ Apesar da evolução da indústria do jogo no sentido de se tornar tendencialmente uma “legitimate part of the leisure industry, rather than a source of social problems” (Dixon, *From Prohibition to Regulation: Bookmaking, Anti-Gambling and the Law*, Oxford, 1991), razão pela qual entendemos que nem todas as restrições à liberdade de prestação de serviços serão justificáveis neste domínio (Alexandre Dias Pereira, *Gaming in European Economic Law: Advertising and Betting Services in the EC*, c/ col. Piergiorgio Bonini, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Ano VIII, n.º 16, 2003, 113-120), o entendimento de base desta atividade, ao menos para os casinos, é fornecido pela teoria do “privileged business” da jurisprudência do Estado de Nevada (*State v. Rosenthal*, 1977), que se ilustra bem pela decisão *Grimes v. Board of Commissioners*, (1931): “the State may regulate or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure” (cf. Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, 320 ff. A lei portuguesa parece ser orientada por esta conceção. Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de janeiro). As atividades dos jogos de fortuna ou azar são uma área particularmente sensível do ponto de vista, nomeadamente, da proteção do consumidor (Alexandre Dias Pereira, *Casino Gaming Law in Macau*, First Asian Academic Network Conference on Commercial Gaming, Osaka University of Commerce / University of Macau, 2005). Por esta razão defendemos que se trata de um domínio em que se justificará um “elevadíssimo” nível de proteção consumidor, não obstante as restrições à liberdade de prestação destes serviços no mercado interno que daí possam resultar. Não obstante, cumpre referir que, nos termos do preâmbulo (16): “A exclusão dos jogos de azar no âmbito de aplicação da presente diretiva apenas abrange os jogos de fortuna, lotarias e apostas propriamente ditas, em que é feita uma aposta em dinheiro. Não se incluem os concursos ou jogos promocionais cujo objetivo seja fomentar a venda de mercadorias ou serviços e em que os prémios, quando os haja, sirvam apenas para adquirir as mercadorias ou serviços promovidos.”

5.5. Local de estabelecimento e princípio do país de origem na lei interna

A lei portuguesa (DL 7/2004, de 7 de janeiro) incorpora os critérios de determinação do local de estabelecimento “previstos” no preâmbulo da diretiva (art. 4.º, 2 e 3) para efeitos do princípio do país de origem. Em conformidade, estabelece que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam integralmente sujeitos à lei portuguesa relativa à atividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços da sociedade da informação prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1). O princípio do controlo no país de estabelecimento é, todavia, estabelecido com limitações, tendo desde logo presente a jurisprudência do TJCE segundo a qual a escolha do local de estabelecimento não impede o Estado-membro de acolhimento de tomar as medidas contra o prestador de serviços se aquela escolha foi feita no intuito de iludir ou contornar a legislação desse Estado (ver considerando 57 da diretiva sobre comércio eletrónico).

O princípio do país de origem, no sentido da sujeição à lei do lugar do estabelecimento, aplica-se também aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal, mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia, exclusivamente no que respeita a atividades em linha, relativamente aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade, e ao exercício no que respeita, designadamente à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos (art. 5.º, 1). Assim, em princípio, os serviços prestados em Portugal por operadores estabelecidos noutros Estados-membros da União Europeia não estão sujeitos a requisitos adicionais em Portugal, sendo portanto livre a sua prestação.¹

À semelhança do regime previsto na diretiva, o princípio do controlo no país de estabelecimento sofre diversas exceções, não se aplicando a um conjunto significativo de situações previstas no art. 6.º, nomeadamente a propriedade intelectual, incluindo a proteção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores.

A este primeiro círculo de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação junta-se um outro grupo de providências restritivas autorizadas pela diretiva comunitária (art. 7.º), nomeadamente por razões de defesa da saúde pública e dos consumidores. A adoção destas medidas restritivas deve cumprir certos deveres de notificação e procedimento, só sendo admitida em *ultima ratio*.

§ 6. Da onipotência à irrelevância da propriedade intelectual?²

6.1. Reforços e alternativas à propriedade intelectual

Referimos atrás a importância dos direitos de propriedade intelectual no comércio eletrónico. Esta importância crescente é acompanhada pelo reforço destes direitos, desde o alargamento do objeto, até ao seu conteúdo exclusivo. Com efeito, “a mundialização da

¹ Os serviços de origem extracomunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, bem como ao diploma do comércio eletrónico em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intracomunitárias (art. 5.º, 3).

² William Cornish, *Intellectual property: omnipresent, distracting, irrelevant?*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

propriedade intelectual não só cria direitos novos como amplia os direitos anteriores em virtude de exigências da globalização dos mercados”.¹

Atualmente, os direitos de propriedade intelectual projetam-se à escala global por via dos instrumentos do direito internacional, em especial o Acordo ADPIC. Fala-se até, com propriedade, em «l’impérialisme le plus complet des droits réels».² No direito comunitário, o alargamento e aprofundamento dos direitos de propriedade intelectual coloca frequentemente o próprio consumidor final na posição de um potencial pirata.³

Ora, o alargamento da propriedade intelectual é feito, normalmente, à custa do domínio público e das liberdades fundamentais dos cidadãos.⁴ Pelo que a propriedade intelectual é uma propriedade sensível do ponto de vista do interesse público, não podendo as categorias clássicas da propriedade em geral ser automaticamente transpostas para esta propriedade especial⁵ (que, aliás, de tão especial nem é sequer, para muitos, propriedade em sentido estrito).⁶

Não obstante, é caso para perguntar se de uma situação atual de onipotência não se passará rapidamente para um estado de irrelevância. Não apenas porque a tecnologia confere, de facto, mais poderes do que os direitos de propriedade intelectual, mas também porque é forte o movimento no sentido da preservação das liberdades tradicionais de utilização de obras protegidas, nomeadamente no que respeita à reprodução para uso privado.⁷ Sem por em causa a viabilidade de novos modelos económicos, nomeadamente no que respeita ao pagamento por sessão, considera-se que os direitos de autor devem atuar a sua esfera de exclusividade no âmbito de atividades económicas, sobretudo comerciais, justificando-se apenas, para além disso, uma pretensão remuneratória que

¹ José António Gómez Segade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Studia Iuridica 48, BFDUC, Coimbra 2000, 22.

² André Lucas / Jean Devèze / Jean Frayssinet, *Droit de l’informatique et de l’Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001, 272.

³ O processo de inclusão do consumidor no círculo de oponibilidade dos direitos de propriedade intelectual é reforçado pela Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, alegadamente nos termos do n.º 2 do artigo 17º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (considerando 32).

⁴ Ver José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, Revista da ABPI 59/2002, 40-49.

⁵ João Paulo Remédio Marques, *Propriedade Intelectual e Interesse Público*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXIX 2003, 293-354.

⁶ A propósito do direito sui generis, salientou-se já que: “Um privilégio excessivo dos interesses e direitos dos agentes económicos, desacompanhado das considerações de interesse geral ou de serviço público que têm caracterizado os regimes internos, é suscetível de pôr em causa o equilíbrio desejável entre mercado e cidadania na sociedade da informação.” - Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, 80.

⁷ Na sequência da nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade intelectual* (publicada na Studia Iuridica, nº 55), tratámos esta problemática em diversos trabalhos, nomeadamente, *Direitos de autor, códigos tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV 1999; *Música e eletrónica: «sound sampling», obras de computador e direitos de autor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 311-334; *Direitos de autor, da Imprensa à Internet*, in Revista da ABPI, 64, 2003, 21-28; *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 263-273.

compense os titulares de direitos por certas utilizações livres.¹ Segundo a “via do meio”: “As gravadoras têm de renunciar a parte dos seus lucros (...); os utentes terão em contrapartida de renunciar à total gratuidade.”²

Mas se esta é ainda uma via intrassistemática; mais radical é a proposta dos movimentos *Free Software*, *Open Source* e *Creative Commons*.

6.2. *Copyleft e Free Software: o software como «discurso livre»*

O poderio global de certas empresas no setor da informática, exercido através dos direitos de autor e afins, tem suscitado reações a diversos níveis. Pugna-se, em especial, pela liberdade de programação informática, apelando a uma ideia de software como “discurso livre” no sentido de o sujeitar às exigências constitucionais da liberdade de expressão³, já que, para efeitos de proteção legal dos direitos de autor, os programas de computador são considerados obras literárias, ou pelo menos obras de natureza análoga às obras literárias.⁴ Ao mesmo tempo, a resistência contra a apropriação e exploração exclusiva do software mediante direitos de autor e outras formas de propriedade intelectual jogaria em benefício dos utilizadores de software, nomeadamente as empresas, no sentido de não ficarem dependentes das grandes empresas de software e de conteúdos.

Neste contexto, especial destaque merece o movimento do software livre. Trata-se de um movimento que, 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.⁵ O movimento software livre foi criado por Richard Stallman, lançando em 1985 uma organização sem fins lucrativos, que se dedica à

¹ Para uma abordagem à transposição da Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto (que altera diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e adita-lhe o título VI, com a epígrafe «Proteção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão eletrónica dos direitos», e altera também a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC), ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Direito de autor, liberdade eletrónica e compensação equitativa*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXXI, 2005.

² J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume I, Almedina, 2005, 794.

³ Sobre as exigências e implicações constitucionais deste direito fundamental, ver Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

⁴ Esta foi a via trilhada pela legislação portuguesa, por ocasião da transposição da Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, através do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro. Sobre o sentido e limites da proteção legal dos programas de computador ver Alexandre Dias Pereira, *Proteção jurídica e exploração negocial de programas de computador*, in Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, BFDUC, Coimbra, 2002, 1-53; Id., *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Direito da Internet e da Informática*, Ordem dos Advogados, Centro Distrital do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

⁵ Versámos o tema do software livre, com uma exposição sobre liberdade de programação informática e propriedade intelectual, no âmbito do Seminário sobre “*Software Open Source: Questões Legais, Operacionais e de Negócio*”, organizado pela PT Inovação, em Aveiro, no dia 11 de novembro de 2005. Posteriormente, com a colaboração da Dra. Maria Manuel Borges, abordámos a problemática dos *Creative Commons*, no dia 20 de julho de 2006, no âmbito do Curso de verão sobre Direito da Sociedade da Informação, organizado pela Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

eliminação de restrições sobre a cópia, redistribuição, estudo e modificação de programas de computador: a Fundação para o Software Livre (*Free Software Foundation*). 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.¹

O software livre é o sistema operacional GNU e as suas ferramentas. Os projetos de software livre / código aberto («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 Diretoria de Software Livre (*Free Software Directory*).

O movimento do software livre insere-se numa corrente de movimentos que defendem a liberdade da ciência contra a sua apropriação por direitos de autor e patentes (e.g., *Open Source*, *Creative Commons*, *Open Knowledge*, *Wikipédia*). Em especial, a liberdade do software funda-se na ideia do software livre como “discurso livre”.²

Todavia, 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*, mas somente se os termos de distribuição permanecerem inalterados. Pretende-se assim que o código e as liberdades de utilização e de programação se tornem legalmente inseparáveis.³

Por outro lado, «Copyleft» é um conceito genérico, existindo várias formas de atender à situação concreta. No Projeto GNU, os termos específicos de distribuição utilizados estão contidos na Licença Pública Geral do GNU, na Licença Pública Menos Geral e na Licença de Documentação Livre. A licença apropriada é incluída em vários manuais e em

¹ Sobre o software livre, *open source* e *copyleft* ver, e.g Norman Müller / Carsten Gerlach, *Open-Source-Software und Vergaberecht (Rechtliche Rahmenbedingungen für die Beschaffung von Open-Source-Software)*, CR 2/2005, 87-92; Gerald Spindler / Andreas Wiebe, *Open Source-Vertrieb (Rechteeinräumung und Nutzungsberechtigung)*, CR 12/2003, 873-879; Pablo de Camargo Cerdeira / Pedro de Paranaguá Moniz, *Copyleft e software livre - opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social*, Revista da ABPI, 71, 2004, 15-29; Jaeger/Metzger, *Open Source Software*, 2002; Schiffner, *Open Source Software*, 2003; Spindler (Hrsg.), *Open Source*, Otto Schmidt, Köln, 2003; David A. Wheeler, *Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!* 2005.

² O movimento *open source* na indústria de software adotou uma posição diferente relativamente aos direitos de propriedade intelectual no software, que é tradicionalmente reservado e protegido por direitos de autor (e em algumas jurisdições por direitos de patente). 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 e de o titular da licença do código fonte não cobrar royalties. O movimento visa encorajar o desenvolvimento em colaboração de software, a remoção de erros de programação e a promoção de obras derivadas.

³ Anupam Chander / Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, California Law Review, 92, 2004, 1331-1373 (“instead of putting GNU software in the public domain, we ‘copyleft’ it. Copyleft says that anyone who redistributes the software, with or without changes, must pass along the freedom to further copy and change it.”).

cada distribuição de código-fonte do GNU, e o software livre licenciado nos termos de «Copyleft» só poderá ser distribuído sob a mesma licença, ou seja, cedendo os direitos de reprodução, distribuição e modificação.

6.3. As licenças de software livre

A GPL (*General Public License*) ou Licença Pública Geral GNU (2ª versão, 1991) é o protótipo das licenças de software (e data) livre, como sejam a GFDL (*GNU Free Documentation License*), a LGPL (*Lesser General Public License*), as Licenças BSD da Universidade da Califórnia em Berkeley (BSD), a Licença Pública Mozilla 1.1. (MPL 1.1 - *Mozilla Public License* 1.1), e a *Apple Public Source License* Versão 2.0 (ASPL). Como aspetos nucleares do conteúdo destas licenças, destacam-se os seguintes: a liberdade de executar o programa para qualquer fim (1); a liberdade de estudar o funcionamento do programa (2); a liberdade de adaptação do programa às necessidades do utilizador (3); a liberdade de distribuir cópias do programa “tal e qual” ou modificado (4); a liberdade de aperfeiçoar o programa (5); a liberdade de acesso ao código-fonte de programação informática (6).

O *modus operandi* destas licenças traduz-se fundamentalmente na obrigação de dar a terceiros a mesma liberdade de utilização e de programação de que se beneficia. Assim, o utilizador pode distribuir, gratuitamente ou não, cópias do software a terceiros, mas tem que ceder-lhes todos os direitos. Depois, o utilizador tem que garantir que os terceiros também recebam ou possam obter o código-fonte.¹ Além disso, tem que dar-lhes a conhecer os termos da licença de software livre.

A GPL² não significa uma renúncia ao copyright do software, já que o utilizador só tem o direito de usar o software se aceitar a licença e tem que publicar em cada cópia distribuída um aviso de direitos de autor. Trata-se de uma licença que permite copiar, distribuir e/ou modificar o software livre numa base de reciprocidade coletiva. A GPL é normalmente acompanhada pela GFDL (GNU Free Documentation License). A Licença de Documentação Livre do GNU é uma forma de «Copyleft» criada para uso em manuais, livros, texto ou outros documentos, e destina-se a garantir que qualquer pessoa possa copiar e redistribuí-los, com ou sem modificações, tanto comercial como não comercialmente.

Em contrapartida, porém, não são dadas quaisquer garantias de desempenho, qualidade, segurança ou outras, exigindo-se até uma declaração de inexistência de garantias. Depois, todas as modificações do software devem ser devidamente assinaladas, incluindo a data da alteração. Além disso, a licença de utilização de software livre cancela-se automaticamente se o utilizador fizer utilizações não previstas na licença.

Por outro lado, se o utilizador criar um programa independente do software livre, pode explorar comercialmente esse programa independente fora das condições da GPL., mas, se se tratar apenas de modificações do código original, então não pode ceder o seu uso a

¹ “Para um trabalho em forma executável, o código-fonte completo significa todo o código-fonte de todos os módulos que ele contém, mais quaisquer arquivos de definição de *interface*, mais os *scripts* utilizados para se controlar a compilação e a instalação do executável.”

² Licença Pública Geral GNU (<http://www.gnu.org/licenses/gpl.txt>.)

terceiros senão nas condições previstas na GPL. E, em qualquer caso, o utilizador não pode impor mais restrições a terceiros.

No caso de serem reconhecidos judicialmente direitos a terceiros sobre o programa, então o utilizador não pode distribuí-lo posteriormente com reconhecimento desses direitos. Pelo contrário, deve pura e simplesmente abdicar de usar o software.

Além disso, se quiser incorporar parte do software livre em outros programas livres cujas licenças de utilização são diferentes, deve contactar o autor ou a Fundação Software Livre. De todo o modo, a GPL (Licença Pública Geral) não permite incorporar o programa em programas proprietários, de modo a garantir a liberdade de todo o software derivado do software da Fundação e promover a partilha e reutilização desse software. A GPL prevê ainda cláusulas de exclusão de garantia de bom funcionamento, de qualidade e segurança, e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil por danos provocados pelo software. O software é distribuído tal e qual sem quaisquer garantias de adequação a fins específicos de utilizador, bem como no que respeita à sua segurança e índole não defeituosa, incluindo danos de perda de dados.¹ Finalmente, no caso de o programa ser uma biblioteca de sub-rotinas, o usuário deverá considerar mais útil permitir ligar aplicações proprietárias com a biblioteca. Neste caso, recomenda-se a utilização da Licença Pública Geral de Bibliotecas GNU, ao invés da GPL.

A LGPL², ou Licença Pública Menos Geral do GNU, é utilizada em algumas bibliotecas de software GNU. Antes conhecida como GPL de Bibliotecas, o seu nome foi alterado por levar ao uso desta licença com maior frequência do que deveria ser utilizada. A Biblioteca compreende o conjunto de funcionalidades e dados preparados de modo a formar executáveis quando ligados a programas aplicativos. Destina-se a permitir a ligação de software proprietário a essas bibliotecas, mantendo esse software o carácter não livre. Como vantagens da LGPL apontam-se, nomeadamente: permitir o maior uso possível da biblioteca de modo a que se torne um padrão (standard) de facto, em especial tratando-se de bibliotecas que permitem desempenhar as mesmas funcionalidades que outras bibliotecas. Por exemplo, a autorização para usar a Biblioteca GNU C por software reservado torna possível uma maior utilização do sistema operativo global GNU bem como uma sua variante, o sistema operativo GNU/Linux.

O conteúdo da LGPL é semelhante ao da GPL. Assim, quem distribui cópias da biblioteca tem que dar aos terceiros os mesmos direitos que lhe são conferidos pela licença (1), transmitir-lhes o código-fonte (2), e dar-lhes a conhecer a licença (3). De igual modo, as modificações são livres, mas têm que ser devidamente assinaladas e, além disso, não são dadas quaisquer garantias, sendo excluída a responsabilidade por danos.

A LGPL apresenta, todavia, algumas diferenças em relação à GPL, com base na distinção fundamental entre “programa baseado na biblioteca” e “programa que usa a biblioteca”. Enquanto o primeiro contém código da Biblioteca, o segundo tem que ser ligado à Biblioteca para funcionar. No primeiro caso, valem as regras da GPL. No segundo, a distribuição de software pode ser feita em termos diversos da GPL, já que não implica a criação de uma obra derivada da biblioteca (LGPL, cláusula 5), pelo que não se

¹ GPL, cláusula 11, *in fine* (“Should the program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction”).

² Lesser General Public License GNU 1999 (<http://www.gnu.org/licenses/licenses.pt.html>).

sujeita a utilização e distribuição desta às condições da GPL. Porém, na medida em que um programa que usa a Biblioteca gere um derivado executável, ao nível do código objeto, pela utilização da biblioteca, ficam condicionados os termos da utilização e distribuição desse derivado, salvo se o ficheiro objeto usar apenas parâmetros numéricos, apresentações de estruturas de dados, pequenas macros de dez ou menos linhas de código (cláusula 5, *in fine*).

Além disso, nos termos da Cláusula 6 da LGPL, é permitida a utilização de materiais da sua biblioteca para a criação de novos programas e a sua distribuição nos termos a definir pelo licenciado, desde que tais termos permitam a modificação do programa segundo as necessidades do cliente e a descompilação do software para a correção de erros (debugging) dessas modificações.

De todo o modo, o utilizador deve apor um aviso de utilização da Biblioteca e da licença de utilização (1), fornecer o código da biblioteca (2), e usar um mecanismo adequado de partilha da biblioteca para ligar à biblioteca (3).

A GPL é, como dissemos, o protótipo das licenças de software livre ou de fonte aberta (open source). Contudo, outras licenças apresentam algumas especificidades. Por exemplo, as Licenças BSD da Universidade da Califórnia em Berkeley apresentam como aspeto específico a proibição de o nome da Organização e dos Colaboradores ser usado para recomendar ou promover produtos derivados deste software livre sem autorização prévia para o efeito dada por escrito. Outro exemplo é dado pela Licença MPL 1.1 (Mozilla), que obriga o utilizador a colocar um anúncio de direitos de propriedade intelectual («Legal») sobre o código ou partes dele de que tenha conhecimento (cláusula 3.4(a)) e a dar conhecimento desse facto à comunidade de utilizadores do software.

6.4. Vantagens e desvantagens do software livre

Comparando o «software livre» com o «software proprietário» (ou reservado), em termos de vantagens e desvantagens, apontam-se alguns aspetos que favorecem a adoção do software livre, como sejam uma relevante quota de mercado (o caso japonês, de 35% para 64% em pouco tempo), a fiabilidade, o desempenho e a segurança do software livre (o caso *Mozilla*), os inferiores custos de instalação, manutenção e *upgrade*, a não dependência de uma fonte única, os inexistentes ou reduzidos custos de litigância, a possibilidade de transição gradual para o ambiente de software livre.¹

De todo o modo, ressalva-se que o software livre não resolve todos os problemas e a opção por esta via deve basear-se num estudo prévio das necessidades de cada empresa. Todavia, o software livre é também objeto de algumas críticas, como sejam: a alegada falta de assistência técnica, a utilização deste modelo como dispositivo de “branqueamento” de software plagiado, a (in)viabilidade económica, o colapso da indústria do software, e o movimento anti-Microsoft, apesar de esta empresa também usar esse tipo de software.

Finalmente, argumenta-se ainda no sentido da invalidade das licenças GNU GPL. Contudo, outra tem sido a orientação perfilhada pelos tribunais, como mostram o caso

¹ Chissick, Michael / Kelman, Alistair, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002, 9 (“There is increasing volume of evidence that Open Source Software is more reliable than conventional commercial closed source software.”).

Sitecom da jurisprudência alemã (Munique) e o caso *Drew Technologies, Inc. v. Society of Automotive Engineers, Inc. (SAE)* da jurisprudência norte-americana.¹

Seja como for, a verdade é que o software livre ou ao menos o software de fonte aberta surge cada vez mais como uma exigência constitucional de transparência na sociedade da informação em geral², e na concorrência mercantil do comércio eletrônico, em especial.

3

¹ Ver David A. Wheeler, *Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!*, 2005 (<http://www.dwheeler.com/contactme.html>).

² Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, 224-5 (“If code is a lawmaker, then it should embrace the values of a particular kind of lawmaking. / The core of these values is transparency. What a code regulation does should be at least as apparent as what legal regulation does. Open code would provide that transparency”).

³ Jane Kaufmann Winn, *Open Systems, Free Markets, and Regulation of Internet Commerce*, Tulane Law Review 72/1998, 1177.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO QUADRO DA DIRETIVA SOBRE O COMÉRCIO ELETRÓNICO *

Resumo: Este trabalho versa sobre a problemática da proteção do consumidor no quadro da Diretiva sobre o comércio eletrónico. Trata-se de uma dimensão jurídica importante da sociedade da informação e da economia digital, uma vez que da confiança jurídica dos consumidores na comercialização à distância por via eletrónica dependerá, em larga medida, o crescimento da utilização deste novo meio de comunicação no plano das relações económicas. Neste sentido, assiste-se à formação de um quadro jurídico complexo, sobretudo de fonte comunitária, sendo de destacar o acervo de Diretivas já aprovadas no domínio das comunicações eletrónicas, a que se juntam outras medidas ainda em discussão; no plano interno, sucedem-se as iniciativas jurídico-políticas (Iniciativa Nacional do Comércio Eletrónico, Iniciativa Internet – Portugal Digital), ao mesmo tempo que se vai desenhando, ainda que fragmentariamente, o leque de soluções jurídico-legais do direito eletrónico.

Assim, interessa fazer uma breve caracterização do comércio eletrónico e apontar as suas modalidades principais. Seguidamente, analisar a noção jurídica de serviços da sociedade da informação, na qual se baseia o comércio eletrónico, procurando apresentar um catálogo de exemplos das atividades económicas abrangidas por estes serviços. Por outro lado, revisitaremos o problema do conceito caleidoscópico de consumidor, sendo de referir que a Diretiva comunitária acrescenta mais uma definição legal de consumidor às já existentes quer no direito comunitário quer no direito interno.

A Diretiva sobre o comércio eletrónico prossegue o objetivo de um “alto nível de proteção dos consumidores” em ordem a criar um ambiente jurídico favorável ao seu florescimento. Todavia, para além das Diretivas sobre contratos à distância, cláusulas abusivas e ações inibitórias, não é certo qual o papel do restante acervo comunitário do direito dos consumidores, nomeadamente não é claro como intervirá o direito publicitário e a responsabilidade do produtor no domínio dos bens informacionais (em especial, dos programas de computador). Além disso, certas medidas da Diretiva sobre o comércio eletrónico parecem não atender àquele objetivo principal, nomeadamente quando se trata de contratos negociados e celebrados exclusivamente por meio de correio eletrónico. Um outro aspeto de alcance mais geral e que também é aqui tratado diz respeito à alegada redução do nível de proteção dos consumidores a praticar pelos Estados-membros em virtude do alcance do princípio do país de origem.

1. A construção da Sociedade da Informação surge como uma missão política prioritária neste limiar de milénio¹. Ao mesmo tempo afirma-se a emergência da

* *Estudos de Direito do Consumidor N.º 2* (2000: 43-140).

¹ Veja-se, a nível europeu, *A Europa e a Sociedade da Informação*, Recomendação do Grupo de Alto Nível sobre a Sociedade da Informação ao Conselho Europeu de Corfu, Relatório Bangemann, 26.V.1994. O nomen “Sociedade da Informação” ter-se-á afirmado no Livro Branco da Comissão *Crescimento, Competitividade, Emprego — os desafios e as pistas para entrar no sec. XXI*, Luxemburgo, 1994, p. 113 ss. Por outro lado, a Comissão tem apresentado, em diversos domínios, vários documentos em torno da divisa Sociedade da Informação. Veja-se, *inter alia*: Plano de Ação da Comissão *A Via Europeia para a Sociedade da Informação - plano de ação*, COM(94) 347 final, 19.07.1994; Livro Branco da Comissão *Aprender na*

economia digital¹, em virtude da “informatização da sociedade e da economia” operada pela “revolução” das tecnologias da informação e da comunicação.²

O crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio eletrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI (*Electronic Data Interchange*). Em vista disso, desenvolveram-se esforços internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio eletrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos.³ Estes desenvolvimentos legais apoiaram-se no quadro de segurança tecnológica oferecido pelas tecnologias robustas. Trata-se das tecnologias de cifragem e de estenografia na produção de assinaturas digitais e envelopes criptográficos, com função de autenticidade, integridade e confidencialidade dos dados eletronicamente transmitidos. Com efeito, as redes eletrónicas abertas, como a Internet, estão cada vez mais a ser utilizadas na nossa sociedade como plataforma para a comunicação, indicando todas as previsões que “o comércio eletrónico será um dos principais motores da sociedade global da informação. [...] Para aproveitar devidamente as oportunidades comerciais oferecidas pelas comunicações eletrónicas através de redes abertas, há que estabelecer um ambiente mais seguro. As tecnologias criptográficas são amplamente reconhecidas como ferramentas essenciais para a segurança e a confiança nas redes abertas. Duas importantes aplicações de criptografia são as assinaturas e a cifragem.”⁴

Por outro lado, a expansão da Internet como infraestrutura global do comércio eletrónico resulta do processo de convergência tecnológica das telecomunicações, do audiovisual e da informática. Insere-se também no quadro de liberalização dos mercados das telecomunicações e das tecnologias da informação. A eliminação dos

Sociedade da Informação — Plano de ação para uma iniciativa europeia no domínio da educação, COM(96) 471, 02.10.1996; Livro Verde *Viver e trabalhar na Sociedade da Informação: prioridade à dimensão humana*, COM(96) 389, 22.07.1996; Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu *A Normalização e a Sociedade Global da Informação: a abordagem europeia*, COM(96) 359 final, 24.07.1996; Comunicação da Comissão *As Implicações da Sociedade da Informação nas Políticas da União Europeia — preparação das próximas etapas*, COM(96) 395, 24.07.1996; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre *A Sociedade da Informação: de Corfu a Dublin — as novas prioridades emergentes*, COM(96) 395, 24.07.1996; Comunicação da Comissão *Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, COM(96) 487 final, 16.10.1996; Comunicação da Comissão, *A Europa na vanguarda da Sociedade da Informação: Plano de Ação Evolutivo*, COM(94) 347, 19.07.1994.

¹ *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

² Cfr. Forester, *The Information Technology Revolution*, Oxford, 1990. Sobre esta problemática veja-se, por exemplo: Katsch, *Law in a Digital World*, New York/Oxford, 1995; Idem, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford, 1989; Negroponte, *Being Digital*, New York, 1995; Tapscott, *Economia Digital*, São Paulo, 1997; Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden, 1995.

³ Para um quadro geral de problemas do comércio eletrónico, com especial ênfase na problemática da proteção dos consumidores, poderá ver-se também o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Segurança Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1999, em que nos basearemos em alguns passos deste trabalho.

⁴ *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997. Para mais desenvolvimentos sobre as “tecnologias robustas” veja-se, por exemplo, o *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996.

estrangulamentos de capacidade de processamento e transmissão de dados, e a garantia da interoperabilidade num ambiente concorrencial surgem aqui como dois imperativos de ordem tecnológica.¹

2. Definir o comércio eletrónico é tarefa difícil e complexa. Não há consenso quanto a uma noção unitária desta realidade em virtude da variedade de atividades que pode abranger. Todavia, em termos gerais e puramente para efeitos expositivos, podemos caracterizar o comércio eletrónico como a negociação realizada à distância por via eletrónica, isto é, através do processamento e transmissão eletrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. Dentro das diversas atividades que abrange são de destacar o comércio eletrónico de bens e serviços, a entrega em linha de conteúdo digital multimédia, as transferências financeiras eletrónicas, o comércio eletrónico de ações, conhecimentos de embarque eletrónicos, leilões comerciais, conceção e engenharia em cooperação, pesquisa em linha das melhores fontes para aquisições (*sourcing*), contratos públicos, comercialização direta ao consumidor e serviços pós-venda.

Depois, distinguem-se fundamentalmente duas modalidades de comércio eletrónico. Por um lado, o comércio eletrónico *indireto*, ou seja, a encomenda eletrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso. Por outro lado, o comércio eletrónico *direto*, que consiste na encomenda, pagamento e entrega direta (em linha) de bens incorpóreos, como programas de computador, conteúdos de diversão ou serviços de informação. O comércio eletrónico indireto está dependente de vários fatores externos, como a eficácia do sistema de transportes. Pelo contrário, o comércio eletrónico direto explora todo o potencial dos mercados eletrónicos mundiais, uma vez que permite transações eletrónicas sem descontinuidades à escala global, isto é, sem fronteiras geográficas.²

3. A promoção do comércio eletrónico depende não apenas da segurança técnica, mas também da confiança jurídica dos intervenientes. Este ambiente de confiança favorável ao crescimento do comércio eletrónico requer a criação de um quadro jurídico adequado à proteção dos interesses dos agentes envolvidos. Diversos documentos oficiais definiram já o quadro geral de problemas dos serviços da sociedade da informação, em que assenta o comércio eletrónico³.

¹ Cfr. *Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação – para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação, Livro Verde da Comissão*, COM(97) 623 final.

² Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final.

³ Veja-se, entre nós, o *Livro Verde Para A Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), 1997 (Ponto 9); *Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico*, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, e o respetivo *Documento Orientador*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99. No plano comunitário, veja-se especialmente a referida *Iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, COM (97) 157 final. No direito comparado, veja-se, nos EUA, William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997. A nível internacional veja-se, especialmente, o *OECD Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Paris, Oct. 1999.

Esse quadro deverá atender, por um lado, a certas questões específicas do comércio eletrónico, como sejam a validade dos contratos celebrados à distância por via eletrónica, o valor jurídico das assinaturas digitais e dos serviços de certificação e, ainda, o regime da atividade das instituições de moeda eletrónica. Por outro lado, o comércio eletrónico coloca certos problemas que dizem respeito, por exemplo, à determinação do local de estabelecimento das chamadas ciberempresas, à transparência regulamentar, e à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, mormente quando atuam como meros intermediários de informação digital.

Um outro grupo de interesses cuja proteção é essencial ao florescimento do comércio eletrónico é composto por um leque complexo e diversificado de sujeitos. Trata-se quer dos titulares de direitos privativos, como os dados pessoais e os direitos de propriedade intelectual (direito de autor e direitos conexos, marcas e outros sinais distintivos), quer dos titulares de interesses legalmente protegidos, como sejam os concorrentes no comércio eletrónico, destacando-se a problemática da comunicação comercial (a chamada infopublicidade) e a proteção dos serviços de acesso condicional. Neste último grupo de sujeitos encontram-se os consumidores, cuja confiança jurídica constituirá um fator essencial do alargamento e do aprofundamento do comércio eletrónico.

4. A Comissão Europeia tem sido um verdadeiro motor neste processo de adaptação do direito à nova realidade. Com efeito, em ordem à criação de um quadro regulamentar da Sociedade da Informação, traçado na sequência do Relatório Bangemann sobre A Europa e a Sociedade da Informação (1994), foram propostas e adotadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Assim foram adotadas Diretivas, por exemplo, sobre Bases de Dados Eletrónicas (96/9/CE), Proteção de Dados Pessoais (95/46/CE), Contratos Celebrados à Distância (97/7/CE), Serviços de Telecomunicações (97/13/CE), Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE), Transparência Regulamentar (98/34 e 48/CE), Serviços de Acesso Condicional (98/84/CE) e Assinaturas Eletrónicas (1999/93/CE). Além disso, foram apresentadas propostas de diretivas sobre Direitos de Autor na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10.12, alterada, COM(99) 250 final] e, outras outras, especificamente sobre Comercialização à Distância de Serviços Financeiros [COM(98) 297 final, 13.5] e sobre Comércio Eletrónico [COM(98) 586 final, 18.11], entretanto alterada [COM(99) 427 final] e já aprovada: a “Diretiva sobre o comércio eletrónico”.¹

Entre nós, a necessidade de se viabilizar o comércio eletrónico num ambiente baseado na economia digital foi identificada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação. Com base nisso, o Conselho de Ministros resolveu criar a Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico, definindo-lhe como objetivos genéricos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio eletrónico². Nesse quadro incluir-se-iam o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos

¹ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

² Resolução n.º 115/98, DR n.º 201, I, Série B, 1.9.1998.

documentos eletrónicos e às assinaturas digitais, bem como à fatura eletrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transações efetuadas por via eletrónica, à proteção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à proteção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adotados vários diplomas, nomeadamente, sobre a proteção dos dados pessoais¹, normas técnicas² e bases de dados³, que se destinam, no essencial, a transpor Diretivas. Além disso, foi aprovado o regime jurídico dos documentos eletrónicos e das assinaturas digitais⁴, procedeu-se à equiparação da fatura eletrónica à fatura em suporte papel⁵, tendo sido aprovados, ainda, o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico⁶ e, mais recentemente, a Iniciativa Internet - Portugal Digital⁷.

5. O comércio eletrónico é baseado nos chamados serviços da sociedade da informação. Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados eletrónicas em linha⁸, mas como se definem estes serviços?

Entre nós, o regime dos operadores de rede de distribuição por cabo⁹ previa já os serviços interativos de natureza endereçada acessíveis quer mediante solicitação

¹ Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e Lei n.º 69/98, de 28 de outubro.

² Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de abril.

³ Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho.

⁴ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto (ver também o Decreto-Lei n.º 234/2000 de 25 de setembro que criou o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais).

⁵ Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de setembro (regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de outubro).

⁶ Resolução do Conselho de Ministros 94/99.

⁷ Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000.

⁸ As bases de dados eletrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual. Cfr. Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de outubro e Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho, que transpõem, respetivamente, a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, e a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 1996 relativa à proteção jurídica das bases de dados. No plano internacional, veja-se, especialmente, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996). Sobre a adaptação do instituto do direito de autor e dos direitos conexos ao ambiente digital, *maxime* em rede, veja-se a nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998.

⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de setembro. Porém, os serviços interativos não parecem ser expressamente previstos na Lei das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de agosto, que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações). Com efeito, nos termos da definição constante do art. 2.º, 4, da Lei das Telecomunicações, por “serviços de telecomunicações entende-se a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações.” Sendo que, a delimitação desta definição depende de dois conceitos, que o legislador também fornece: telecomunicações e redes de telecomunicações. Relativamente ao primeiro, por telecomunicações entende-se, nos termos do art. 2.º, 2: “a transmissão, receção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas óticos por meios radioelétricos e por outros sistemas eletromagnéticos.” Relativamente ao segundo, por redes de telecomunicações entende-se, nos termos do art. 2.º, 7, “o conjunto de meios físicos, denominados infraestruturas, ou eletromagnéticos que suportam a transmissão, receção ou emissão de sinais.” Especial importância assume a interligação das redes, isto é, “a ligação física e lógica das redes de telecomunicações utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores por forma a permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizadores dos serviços

prestados” (art. 2.º, 9). Em suma, vertendo todos estes elementos num conceito unitário global, os serviços de telecomunicações definem-se como a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações em interligação (isto é, de conjuntos de meios físicos ou eletromagnéticos que suportam a transmissão, receção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas óticos, por meios radioelétricos e por outros sistemas eletromagnéticos, sendo que as redes utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores encontram-se em ligação física e lógica por forma permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizados dos serviços prestados).

Por outro lado, os serviços de telecomunicações são classificados em dois tipos segundo duas ordens de critérios. Para começar, distinguem-se consoante sejam destinados ao público em geral ou ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores, denominando-se, respetivamente: a) serviços de telecomunicações de uso público; b) e serviços de telecomunicações privativas (art. 5.º, 5). Segunda, quer sejam de uso público, quer privativas, distinguem-se nos serviços de telecomunicações os que implicam prévio endereçamento daqueles em que a comunicação se realize num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de receção e sem prévio endereçamento: a) enquanto os primeiros chamam-se serviços de telecomunicações endereçados; b) os segundos designam-se serviços de telecomunicações de difusão ou teledifusão (art. 2.º, 6). Esta última distinção é importante na delimitação do âmbito de aplicação do diploma, porque este “não se aplica aos serviços de telecomunicações de difusão” (art. 1.º, 2).

Apesar de a radiodifusão ser excluída do âmbito deste diploma, é prevista como uma das espécies de serviços de telecomunicações. Por outro lado, os termos amplos em que o nosso legislador definiu o conceito de serviços de telecomunicações, abrangendo a radiodifusão, suscita o problema de saber se nessa noção são incluídos os teleserviços de que fala a TDG alemã ou os “serviços da sociedade da informação”, na terminologia comunitária. Com efeito, apesar de ter operado a definição, e as respetivas classificações, dos serviços de telecomunicações, o legislador não forneceu um elenco, sequer exemplificativo, das “formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações”. Na verdade, o texto legal não fornece ao intérprete um catálogo de exemplos capazes de ilustrarem concretamente os serviços de telecomunicações., mas, não poderia o legislador ter ilustrado esta noção com exemplos típicos na *praxis* concreta dos serviços de telecomunicações? Na verdade, esta norma definitiva é suscetível de gerar dificuldades ao nível da sua concretização interpretativa. Quais são, *in concreto casu*, as formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações? *Prima facie*, parece estabelecer-se uma noção ampla de serviços de telecomunicações, abrangendo, segundo as classificações operadas, não apenas os destinados ao público em geral (uso público) e ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores (privativas), mas também os que implicam prévio endereçamento (endereçados) e, ainda, aqueles em que a comunicação se realiza num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de receção e sem prévio endereçamento (difusão ou teledifusão).

Não obstante, a concretização exemplificativa desta noção é importante, uma vez que define o género de serviços de telecomunicações previstos na hipótese do respetivo regime jurídico, o qual, apesar de excluir do seu âmbito de aplicação os serviços de telecomunicações de difusão, define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações. Pelo que, interessa saber, em particular, quais as diferentes espécies de serviços de telecomunicações e como se denominam na linguagem corrente. Exemplos de serviços de telecomunicações endereçados parecem ser o telégrafo, o telefone, o telefax e o videofone. Por seu turno, parece que a difusão por satélite ou por cabo de sinais radiofónicos e televisivos constituem serviços de telecomunicações. Refira-se, a este propósito, a distinção entre serviços de telecomunicações, serviços de cabo e serviços de informações constante da Lei das Telecomunicações estadunidense de 1996 (*Telecommunications Act of 1996*, Pub. L. 104-104, Feb. 8, 1996). Consistindo as telecomunicações na “transmission, between or among points specified by the user, of information of the user’s choosing, without change in the form or content of the information as sent and received” (47USC §153 (48)), os serviços de telecomunicações são definidos como “offering telecommunications for a fee directly to the public or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used” (47USC §153 (51)). Ao lado da categoria dos serviços de telecomunicações são previstos dois tipos especiais de serviços à distância com faculdade de interatividade: os serviços de cabo e os serviços de informação. Os serviços de cabo consistem na “one-way transmission to subscribers of video or other programming service and subscriber interaction, if any, required for selection or use of such programming or other service” (47 USC §522(6)). Os serviços de informação consistem em “offering a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, or making available information via telecommunications including electronic publishing” (47USC §153(41)). Ou seja, ao lado dos serviços de telecomunicações distinguem-se os serviços de cabo e, ainda, os serviços de informação.

Estes últimos distinguem-se pela nota da interatividade, que também pode estar presente nos serviços de cabo, embora, ao que parece, sejam prestados via telecomunicações. Portanto, ao lado dos serviços de telecomunicações em sentido estrito, existem outros que, embora sejam feitos através deste modo de comunicação, daqueles se distinguem. A esta distinção parece corresponder, aliás, aquela operada pelo legislador alemão entre serviços de telecomunicações, radiodifusão e os serviços de informação em linha.

Por outro lado, há ainda outros casos que se afiguram mais problemáticos. Trata-se da comunicação a distância no mercado virtual, potenciado pelas tecnologias digitais e pela convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e dos media, naquilo que se chamam os sistemas multimedia em linha, *maxime* na Internet. Em particular, são os serviços eletrônicos de informação em linha, a televisão interativa e, de um modo geral, os teleserviços (por exemplo, o telebanco, a telemedicina, a teleconsultadoria, a telepedagogia, audio-vídeo-a-pedido). Trata-se, ainda, nestes casos de serviços de telecomunicações? Ou, antes pelo contrário, estaremos perante uma realidade diferente? O legislador terá querido abranger, também, estas situações na definição de serviços de telecomunicações? Assim, por exemplo, dever-se-á considerar que o vídeo-a-pedido constitui uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações? Em termos idênticos, a prestação de informação em linha via Internet constituirá uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações? Os exemplos sucedem-se e a resposta negativa afigura-se, de algum modo, problemática. *Quid iuris?* Em face da nossa lei, estes serviços deverão ser qualificados como serviços de telecomunicações?

Socorrendo-nos da noção de teleserviços da lei alemã, decorre que a prestação destes serviços depende da prestação de serviços de telecomunicações. Assim, por exemplo, só poderá ser prestado o teleserviço de acesso à Internet, bem como os demais que esta torna possíveis, a quem for utilizador de um serviço telefónico de telecomunicações. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os telejogos, o *telebanking*, etc. Com efeito, uma coisa são as “infraestruturas da informação e da comunicação” e os serviços que as compõem. Trata-se das “autoestradas da informação” e dos serviços de telecomunicações, os quais abrangem a difusão por satélite e por cabo, na definição do nosso legislador. Outra coisa é a informação *lato sensu* que aí corre e os serviços em que se traduz. Trata-se, agora, dos teleserviços, isto é, dos serviços cuja prestação é tornada possível pelos meios de telecomunicações, a saber: o *telebanking*, os serviços de informação, os telejogos, o audiovisual a pedido, etc. Porém, da letra da nossa lei das telecomunicações resulta uma noção algo ampla dos serviços de telecomunicações, parecendo abranger também os teleserviços. Os serviços de telecomunicações, definidos como “a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações” (art. 2.º, 4), são suscetíveis de revestir, portanto, dois sentidos. Um, mais amplo, abrangendo, de igual modo, os teleserviços. Outro, mais restrito, excluindo estes últimos, isto é, considerando apenas os serviços de telecomunicações, independentemente dos restantes serviços que a sua prestação torna possível. Não obstante, casos há que suscitam algumas dúvidas, em virtude da sua natureza algo híbrida ou mista. Pense-se, por exemplo, nos sistemas telemáticos, como o célebre Minitel francês, e nas redes digitais com integração de serviços (RDIS) que se utilizam, por exemplo, na comunicação entre empresas via EDI ou TEDIS (troca eletrónica de dados informatizados). Pense-se, ainda, na video-conferência e no correio eletrónico. A lei alemã, como vimos, inclui na definição de teleserviços os serviços de troca de dados e de prestação de acesso à Internet e a outras redes. Não obstante, há pontos duvidosos, uma vez que, em certos casos, estes teleserviços são prestados no seio de uma infraestrutura de telecomunicações criada especialmente para o efeito, ou seja, os teleserviços parecem confundir-se com os serviços de telecomunicações. Um outro exemplo da complexidade deste fenómeno é o serviço de televenda previsto e regulado pela Diretiva Televisão alterada, que, *inter alia*, altera o regime dos tempos de emissão, subordinando os serviços de televenda a um conjunto de regras adequadas que regulamentam a forma e o conteúdo dessas emissões (cons. 36). Nos termos do art. 1.º, 1, d), por televenda entende-se a “difusão de ofertas diretas ao público, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens móveis, direitos e obrigações, a troca de remuneração.” O nosso legislador acrescentou a esta noção o elemento de realização dessa difusão por canais televisivos, parecendo excluir outras formas de difusão (cfr. art. 25.º-A do Código da Publicidade), mas, será a televenda um serviço de telecomunicações ou antes um teleserviço? Segundo a nossa lei, tratar-se-á, ainda, de um serviço de telecomunicações uma vez que consiste numa atividade de radiodifusão. A lei alemã dos teleserviços (TDG) não abrangerá estes serviços no conceito de teleserviços, uma vez que do seu âmbito é excluída a radiodifusão. Porém, estes serviços de televenda serão, ainda, enquadráveis na noção de serviços a distância constante da Diretiva sobre a proteção jurídica dos serviços de acesso condicional. Note-se, ainda, que os serviços de televendas não se confundem com as técnicas de comunicação a distância que utilizam, sendo de referir que a Diretiva Contratos à Distância (Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância) contempla no catálogo indicativo das

individual (tais como os serviços da Internet e de vídeo a pedido) quer mediante ato de adesão, e a possibilidade de ligações bidirecionais para transmissão de dados, autorizando a sua oferta pelos operadores de rede de distribuição por cabo. Mais recentemente, foi introduzido na ordem jurídica, por via legal, um conceito mais preciso dos chamados serviços da sociedade da informação. Ao invés da Proposta, incluindo a sua versão alterada¹, a Diretiva sobre o comércio eletrônico² não define os serviços da sociedade da informação, limitando-se a remeter para o conceito anteriormente firmado nas Diretivas sobre transparência técnica³ e sobre proteção dos serviços de acesso condicional⁴. Ora, a primeira destas Diretivas foi recentemente transposta para a ordem jurídica interna. Nos termos do diploma de transposição⁵, constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de atividade à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração. Trata-se, em suma, de serviços prestados normalmente contra remuneração (1), à distância (2), por via eletrônica (3) e mediante pedido individual de um destinatário de serviços (4).

Parecem ser três os elementos essenciais da definição destes serviços: 1.º “à distância” significa um serviço prestado sem que as partes se encontrem simultaneamente presentes; 2.º “por via eletrônica” significa um serviço enviado na origem e recebido no destino por meio de equipamentos eletrônicos de tratamento (incluindo a compressão numérica ou digital) e de armazenagem de dados, inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por fios, por rádio, por meios óticos ou por quaisquer outros meios eletromagnéticos; 3.º “mediante pedido individual de um destinatário de serviços” significa um serviço

técnicas de comunicação à distância (art. 2.º, 4, e Anexo I) o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio eletrônico, o videofone e o videotexto, os quais integram o sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor (art. 2.º, 1). Vale isto por dizer que o sistema de *teleshopping* organizado pelo fornecedor, embora se socorra de serviços prestados pelo operador de técnicas de comunicação (isto é, “qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, cuja atividade profissional consista em pôr à disposição dos fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância”, nos termos do art. 2.º, 5, Diretiva Contratos à Distância), não se confunde com elas, podendo dizer-se que a utilização destes sistemas, não obstante ser feita por via de um serviço de telecomunicações — *et pour cause* —, constitui, de *per se*, a prestação de um serviço, de um tele-serviço. Acrescente-se que, nessa medida, o regime especial da venda por correspondência (cfr. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de setembro) poderá ser aplicável a certas formas de tele-serviços. O que se revestirá de especial importância como medida de proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico, como veremos. Sobre a determinação dos serviços em linha interativos em face da nossa lei das telecomunicações, cfr. o nosso *Comércio eletrônico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 81 e seg.

¹ Proposta alterada de diretiva sobre aspetos jurídicos do comércio eletrônico [COM(99) 427 final]. Sobre a versão inicial poderá ver-se o nosso *Comércio Eletrônico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, com mais referências.

² Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrônico”).

³ Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998.

⁴ Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 1998 relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

⁵ Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de abril.

fornecido por transmissão de dados a pedido individual. Um quarto elemento natural destes serviços, embora não essencial, é a sua prestação mediante remuneração.¹

Por outro lado, esta caracterização de serviços à distância parece corresponder à noção de “teleserviços” constante da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços². Visando estabelecer condições económicas uniformes para as várias aplicações dos serviços eletrónicos de informação e comunicação (§ 1), a TDG define os teleserviços, aos quais se aplica, como “todos os serviços eletrónicos de informação e comunicação, destinados a utilização individual de dados combináveis tais como caracteres, imagens e sons, e baseados em transmissão por meios de telecomunicações” (§ 2(2)). Esta noção de teleserviços é, depois, ilustrada mediante um catálogo de exemplos, no sentido de abranger, expressamente: 1. os serviços financeiros à distância (*telebanking*), a troca de dados; 2. os serviços de informação sobre o trânsito, o clima, o ambiente ou o mercado bolsista e a disseminação de informação sobre bens e serviços; 3. serviços prestando acesso à Internet ou a outras redes; 4. serviços oferecendo acesso a telejogos; 5. bens e serviços oferecidos e listados em bases de dados eletronicamente acessíveis e com acesso interativo e a possibilidade de encomenda direta. Depois, o §2 (4) exclui do âmbito de aplicação da TDG, *inter alia*: 1. os serviços de telecomunicações e a prestação comercial de serviços de telecomunicações previstos no § 3 da Lei das Telecomunicações, de 25 de julho de 1996 (*Telekommunikationsgesetz* — TKG); 2. a radiodifusão. Ou seja, a radiodifusão, bem como os serviços de telecomunicações, são excluídos da noção de teleserviços para efeitos da TDG.

6. Ora, entre nós, como vimos, estes serviços foram inicialmente previstos no regime dos operadores de rede de distribuição por cabo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de setembro, e encontram-se atualmente definidos no Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de abril³. Além disso, esta definição de serviços da sociedade de informação corresponde ao *acquis communautaire* do direito da sociedade da informação, tendo sido retomada pela Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 1998 relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, e, mais recentemente, pela Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

Apesar de a Diretiva sobre o comércio eletrónico remeter para a noção comunitária de serviços da sociedade da informação, fornecida pelas Diretivas sobre normas técnicas e

¹ A interatividade é uma característica típica dos serviços da sociedade da informação. A noção destes serviços remonta à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que alterava pela terceira vez a Diretiva 83/189/CEE relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (COM(96) 392 final, 16.10.1996), que os definiu como os “serviços prestados à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

² *Teledienstegesetz* (TDG), Artigo 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG), de 1 de agosto de 1997.

³ Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, alterada pela Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998.

sobre serviços de acesso condicional, não deixou de explicitar no preâmbulo o seu sentido e alcance, delimitando positiva e negativamente os seus contornos. Com efeito, considera-se que essa definição abrange qualquer serviço, em princípio pago à distância, por meio de equipamento eletrónico de processamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço. Delimitando positivamente este conceito de serviços da sociedade da informação, diz-se que abrange uma grande diversidade de atividades económicas, como sejam, nomeadamente: a venda de mercadorias em linha (1); serviços que não são remunerados pelo respetivo destinatário, na medida em que sejam atividades económicas, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados (2); a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço (3). Pela negativa, o preâmbulo da Diretiva sobre comércio eletrónico (cons. 18) esclarece que a noção de serviços da sociedade da informação não abrange diversas atividades, como sejam: os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Diretiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados (1); atividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha (2); a radiodifusão televisiva, na aceção da Diretiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, dado não serem prestados mediante pedido individual (3)¹; a utilização do correio eletrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas (4); a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal (4); e, de um modo geral, as atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios eletrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente (5).

7. No tratamento da problemática da proteção do consumidor de serviços da sociedade da informação interessa, por outro lado, saber o que se entende por consumidor². A Diretiva sobre o comércio eletrónico oferece mais uma noção de consumidor, definindo-o como qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional³.

¹ Com efeito, não será abrangida a radiodifusão televisiva na Internet quando se trate apenas de um meio de transmissão suplementar, integral e inalterada de emissões de radiodifusão televisiva já transmitidas por via hertziana, por cabo ou por satélite. Nessa medida, parece não ser aplicável a estes serviços da sociedade da informação o regime previsto na Diretiva Televisão, que contempla regras, *inter alia*, sobre patrocínio publicitário e televidas (Diretiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997).

² Na verdade, o conceito jurídico de consumidor só por si levanta diversos problemas, resultantes de uma certa indeterminação da categoria (cfr. Zeno-Zencovich, “Consumatore (tutela del)”, in *Enciclopedia Giuridica*). Sobre esta problemática, *vide* o nosso *Comércio eletrónico, cit.*, p. 86 e seg..

³ Diretiva sobre o comércio eletrónico, art. 2.º-e)

Esta noção aproxima-se da prevista na Diretiva sobre contratos à distância¹, que dispõe no art. 2.º, 2, que, por consumidor, para efeitos desta diretiva, entende-se qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional. O termo profissional encontra-se definido na al. c) da Diretiva sobre cláusulas abusivas², dispondo que por profissional entende-se, para efeitos desta diretiva, qualquer pessoa singular ou coletiva que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, seja ativa no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada.

Mas, há ainda outras noções de consumidor no direito comunitário. Assim, por exemplo, a Diretiva Viagens Organizadas³ dispõe, no art. 2.º, 4, que, por consumidor, para efeitos desta diretiva, entende-se a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (o contratante principal) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada (os outros beneficiários) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (o cessionário). Estamos, portanto, em face de uma definição diferente daquelas acima referidas, em especial da constante da Diretiva sobre o comércio eletrónico.

Por outro lado, a noção de consumidor fornecida pela Diretiva sobre o comércio eletrónico também não coincide com a noção do nosso direito interno. Assim, por exemplo, o art. 1.º do DL 230/96, 29.11, na sequência da Lei relativa à proteção do utente de serviços públicos⁴, estabelece, em certos termos, a gratuidade do fornecimento ao consumidor da faturação detalhada do serviço público de telefone, remetendo para a definição de consumidor constante da Lei do Consumidor. Lei essa que começou por ser a pioneira Lei n.º 29/81, de 22 de agosto (art. 2.º), mas que, todavia, foi revogada pela nova Lei do Consumidor⁵

Todavia, levanta-se o problema de saber se tal noção abrange as pessoas jurídicas *stricto sensu* ou, apenas, as pessoas humanas. Com efeito, à partida, em abstrato, nada parece obstar a que as pessoas coletivas possam, de igual modo, destinar bens, serviços ou direitos a uso não profissional., mas, mesmo no caso de só serem previstas pessoas

¹ Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

² Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

³ Diretiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados.

⁴ Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de julho. A atual Lei do Consumidor reconfigurou a noção de consumidor no sentido de, ao mesmo tempo, excluir e abranger, expressamente, outras espécies aí não previstas e de subsumibilidade discutida, consagrando os seguintes elementos essenciais do conceito consumidor: 1.º todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos; 2.º destinados a uso não profissional; 3.º por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios. Ao invés da definição anterior, abrange-se, por um lado, a transmissão de direitos, para além do fornecimento de bens e da prestação de serviços. Por outro lado, consagra-se o uso não profissional, restringindo, ao que parece, a expressão uso privado. Por último, considera-se, ainda, expressamente, como pessoa fornecedora, em sentido amplo, entidades providas de *ius imperii*, como sejam os organismos da Administração Pública, as pessoas coletivas públicas, as empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais e as empresas concessionárias de serviços públicos.

humanas, estarão abrangidos os menores, os inabilitados e os interditos? Isto é, a capacidade de exercício de direitos *tout court* é requisito de obtenção da qualidade jurídica de consumidor? Ou pelo menos, não constituirão estes um grupo especial de consumidores? Além disso, o requisito da destinação ao uso profissional não deverá ser preenchido por referência à natureza não remuneratória das atividades a cujo exercício se destina o uso desses bens? E se se tratar de atividades remuneradas exercidas de modo habitual e constante, por exemplo, no seio de uma organização de tráfico ilícito? Nestes casos os bens fornecidos àquele são ou não destinados a uso não profissional? As mesmas interrogações valem, *mutatis mutandis*, para a pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Por outro lado, mesmo que se consiga estabilizar um conceito de consumidor, uma questão de alcance geral deverá, ainda, ser resolvida. Trata-se do valor sistemático de uma tal definição. Na verdade, outros diplomas há, que consagram, também, definições de consumidor. A saber: é a definição de consumidor uma noção unitária geral com função operatória no sistema jurídico, *maxime* nos textos jurídicos atinentes aos direitos dos consumidores? Poder-se-ia responder pela afirmativa, ainda que com a ressalva de um tal conceito carecer de concretização casuística na jurisprudência e de explicitação dogmática na doutrina. Acresce que, enquanto conceito de género relativo ao tipo subjetivo do ato de consumo, não deveria excluir-se a hipótese de o legislador criar espécies para determinados grupos de casos concretos e particulares que exijam regimes especiais, como, aliás, parece já suceder.

Nessa medida, apesar de problemática, a noção de consumidor constante da nova Lei do Consumidor deveria valer como conceito operatório no tratamento do problema da proteção jurídica do consumidor de serviços da sociedade da informação, entendendo-se por consumidor, de um modo geral, todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa singular ou coletiva, privada ou pública, que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios¹. Apesar de ser mais ampla, esta

¹ A importância de encontrar uma definição clara e concisa de consumidor será tanto maior no Código do Consumidor *in fieri*, de modo a que este não seja um “código-coxo” (António Pinto Monteiro, *A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in *AJURIS* 1998, p. 224). Além disso, será fundamental que o Código do Consumidor tenha em conta o novo ambiente digital do comércio eletrónico dominado pela tecnologia “push”, evidenciando, justamente que: “Proteger o consumidor é [...] proteger o ato de comunicação” (António Pinto Monteiro, *Comunicação e Defesa do Consumidor — Conclusões do Congresso*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, 1996, p. 492).

Note-se, porém, que esta orientação parece ser contestada por alguns. Foi publicado na revista *Forum Iustitiae* um artigo (resumo) de Mário Tenreiro sobre o tema Um Código do Consumo ou do Consumidor? (Mário Tenreiro, *Um código de proteção do consumidor ou um código do consumo?*, in *Forum Iustitiae*, n.º 7, dezembro de 1999, p. 34-41 (resumo e tradução de Ana Paula Barros). Entende o Autor do referido artigo que, por se tratar este de um direito “em redor” do consumidor, tal significaria que não seria necessária uma noção unitária de consumidor, exceto no domínio dos contratos. De resto, a caracterização empírica serviria os propósitos deste ramo do direito (em sentido próximo, recentemente, veja-se o estudo de Paulo Duarte, *O Conceito Jurídico de Consumidor, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*, publicado no Boletim da Faculdade de Direito, 1999, p. 649).

E, com efeito, constatamos que, ao invés da nossa lei quadro de defesa dos consumidores, no direito comunitário não há “o” consumidor, mas antes “os” consumidores. Não será excessivo dizer que praticamente cada diretiva consagra a sua noção de consumidor... Quando muito poder-se-ia falar numa noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário do consumo. Isso poderia ter, aliás, um outro significado: o direito do consumo, que se terá formado com base numa intenção de justiça protectiva (a

noção parece abranger a definição de consumidor fornecida pela Diretiva sobre o comércio eletrónico, nos termos da qual será consumidor qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional¹.

proteção dos consumidores), "evoluiu" para um ramo do direito da economia (ou, se quisermos, do mercado) no qual convergem outros interesses que não apenas os dos "pobres consumidores". Nesse sentido, o direito do consumo constroi-se "a propósito" do consumidor., mas, não havendo nem sendo desejável uma noção jurídica estável de consumidor (o beneficiário virtual de proteção e justificativo da regulamentação), o direito do consumo, só por coincidência, será verdadeiramente um direito de proteção dos consumidores. Daí a teoria de proteção dos "interesses difusos".

Não interessa falar aqui sobre o relevo económico e concorrencial do direito do consumo. Há até quem diga que se trata de um direito inventado para proteger os concorrentes mais fortes contra a entrada dos novos concorrentes no mercado, elevando as exigências de negociação, produção, distribuição, marketing, etc. O fenómeno seria semelhante ao sucedido com o direito do trabalho: de direito de proteção dos trabalhadores passou a direito de regulação do mercado do trabalho. Sempre diremos, porém, que sob pena da completa economização tecnológica do direito, seria importante "recolocar" o consumidor como o "centro de gravidade" do direito do consumo, identificando-lhe uma intenção de justiça, que não meramente de regulação de mercados -, mas antes de proteção de partes verdadeiramente mais fracas no ciclo do processo produtivo. Daí que talvez não seja tão indesejável, como faz a nossa lei quadro, encontrar uma noção jurídica de consumidor com um mínimo de estabilidade, sem prejuízo de a concretizar em regimes especiais. Claro que, como dizem os antigos, toda a definição é perigosa., mas, esse é um esforço que se exige à doutrina: compete-lhe esse labor mais "teórico" e "científico", isso se espera dela, mesmo correndo o risco de a noção se tornar ultrapassada pelas realidades -, mas contra esse risco não há nada a fazer senão ir procurando atualizar ponderadamente os conceitos, segundo as novas exigências. O Autor reconhece a importância dessa noção no domínio dos contratos., mas repare-se que o direito do consumo tem um relevo contratual muito significativo, pelo que essa definição de consumidor nos contratos acabará por influenciar o direito do consumo de um modo geral.

Retomando uma breve reflexão sobre esta questão ("Sobre um Código do Consumidor *in faciendo*", Coimbra, 1997), diríamos que a elaboração de um Código do Consumidor é uma nobre empresa. Servindo-nos de uma metáfora, diremos que o Código será o *baú* dentro do qual cumpre guardar e arrumar um vasto e rico *espólio* de direitos: os direitos conquistados na *cruzada* da defesa dos consumidores. Tarefa árdua, porém. Não apenas pela *indeterminação* do titular destes direitos — *o consumidor* —, mas também pela sua localização em textos legislativos, tão dispersos quanto heterogêneos e, mesmo, fragmentários. Duas questões prévias, portanto: apurar quem é consumidor e que normas do *corpus iuris* cuidam dos seus interesses. Da resposta que para elas se encontre dependerá o êxito da feitura de um direito dos consumidores *sub specie codicis*. Porque se trata, afinal, desde logo, de "dar o seu a seu dono"., mas o êxito deste empreendimento legislativo comporta ainda o ónus de ser relativamente *pioneiro*, mesmo na Europa, esse *berço dos Códigos*, como diz André-Jean Arnaud, no seu livro *O pensamento jurídico europeu*. E, porque 'candeia que vai à frente ilumina duas vezes', incumbe a este Código, em gestação, a responsabilidade de ser um modelo, um padrão, *um precedente exemplar da arte de bem legislar*. Significa isto que, para além de respeitar a tradição herdada — *et pour cause* —, deverá o Código comprometer-se com as exigências da *law in action* e, nessa medida, adequar as normas já existentes ao atual contexto económico-social e ousar lançar setas no deventante horizonte problemático do *consumerism*. Não mero depósito de relíquias, mas antes baú aberto de tesouros polidos, por conseguinte. Ou, melhor ainda, servindo-nos d'*O Processo*, de Kafka, um Código que *não feche as portas ao consumidor quando ele por elas quiser entrar*.

E nobre é a empresa, porque nobre é o seu desígnio: proteger o consumidor, ou seja, digamo-lo já, proteger a pessoa humana — *pois que o direito é o último guardião da sua dignidade*. Está em causa a proteção do Homem na sua veste de agente do processo económico. Assim é que a Lei Fundamental acolhe os direitos dos consumidores (art. 60.º CRP) enquanto *direitos fundamentais*, inserindo-os no capítulo atinente aos *direitos e deveres económicos*, a par, *inter alia*, com os direitos dos trabalhadores. É que, a *ratio essendi* da necessidade de um regime especial de proteção do consumidor radica, em termos aparentemente paradoxais, na *debilidade* e na *força* da posição que o homem-consumidor ocupa no processo económico. Debilidade porque o homem-consumidor encontra-se diminuído na sua liberdade e igualdade. Força, porque é o próprio sistema económico que, a fim de evitar a *entropia*, carece de regras que assegurem a confiança dos seus agentes, em especial do consumidor. Ou seja, para que o próprio sistema subsista, é necessário que o consumidor possa acreditar na publicidade, confiar na letra miúda dos contratos, presumir a segurança e a qualidade dos produtos que consome, e dispor de expedientes jurídicos que lhe permitam obter, em caso de desvio, um *Ersatz*." (cfr. António Pinto Monteiro, *Do Direito do*

Consumo ao Código do Consumidor, in *Estudos de Direito do Consumidor*, I, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, p. 208).

Elaborar um Código do Consumidor é, pois, não apenas proteger o homem-consumidor, que, nessa qualidade de agente do processo económico, se encontra particularmente vulnerável, mas ainda proteger o próprio processo económico contra a entropia, promovendo a *confiança social* nas suas regras. O paralelo com os *direitos dos trabalhadores* parece pertinente. Trabalhadores e consumidores ocupam no processo económico uma posição semelhante. São ambos a parte mais fraca, por referência, respetivamente, ao empregador e ao produtor., mas, ao mesmo tempo, o sistema económico carece vitalmente deles. Como produzir sem trabalhadores, ainda que técnicos especializados em robótica? Para quê produzir, se não houver quem consuma? Ao jeito de Mr. de la Palisse, ou da dialética hegeliana do Senhor e do Servo, enunciam-se, assim, as traves mestras, os princípios dadores de sentido a um Código do Consumidor: proteger o Homem, pois que, na sua veste de consumidor, se encontra diminuído na sua liberdade e na sua igualdade; e, ao mesmo tempo, defender a organização social, prescrevendo regras que assegurem a confiança no processo económico vigente.

A problemática dos direitos dos consumidores encontra-se intimamente ligada aquela outra da *Sociedade de consumo*, socorrendo-nos do título de um livro do conhecido sociólogo Jean Baudrillard. A sociedade de consumo tem como núcleo polarizador o *ato de consumo*, o qual se pode definir como a utilização de um bem económico, ou de um serviço, na satisfação direta de uma necessidade (Galhardo, *Consumo, in Verbo - Enciclopedia Luso-Brasileira*, 5, 1531). Ora, no ato de consumo são discerníveis, por um lado, o sujeito (o consumidor), e, por outro, o objeto (o bem consumido). Sendo que se fundem no ato pela presumida aptidão do segundo para a satisfação de uma necessidade do primeiro — e que influem ambos na caracterização desse mesmo ato, que o direito visa tutelar. No que toca ao *lado subjetivo* do ato de consumo, importa referir que a categoria-consumidor sofre de alguma *indeterminação*. Por um lado, *prima facie*, consumidores somos todos nós, porque todos carecemos de bens para a satisfação de necessidades, ao menos, vitais., mas, bastará consumir um bem para se adquirir a qualidade jurídica de consumidor? Não operará nenhum critério seletivo, que filtre e distinga o consumo digno de tutela, daqueloutro que já a não possa reclamar. Vincenzo Zeno-Zencovich, num artigo dedicado à tutela do consumidor publicado na *Enciclopedia Giuridica*, põe em destaque este ponto, ao escrever que “il ‘consumatore’ non costituisce un soggetto giuridicamente autonomo nell’ordinamento positivo italiano, ma una figura rappresentativa di istanze — meritevoli della, massima attenzione, senz’altro — che si estrinsecano *de iure condendo* e in sede di politica del diritto.” Ademais, nas palavras do mesmo Autor, o conceito de consumidor corre o risco de ser “restrittivo perché se ci si ferma al ‘consumatore’ *stricto sensu* si escludono dall’ambito di un’eventuale tutela quei soggetti che nel sistema di common law vengono definiti *bystanders*, termine che solo approssimativamente si può tradurre con ‘astanti’ e che connota quanti, pur non acquirenti o consumatori, subiscono un danno da un prodotto di consumo.” No que toca ao *lado objetivo* do ato de consumo, por bem consumido ou “consumer good”, entende-se, “in economics, any tangible commodity produced and subsequently purchased to satisfy the current wants and perceived needs of the buyer” (*Brittanica* 3, 577).

Ora, tendo em conta a importância sistemática da definição de consumidor constante da Lei-quadro de defesa do consumidor, parece que o legislador tem configurado o lado subjetivo do ato de consumo por referência ao seu lado objetivo. Por outras palavras, parece que a qualidade de sujeito de um ato de consumo juridicamente tutelado dependerá de uma experiência aquisitiva do bem de consumo. O que vale ainda por dizer, que, para efeitos jurídicos, o conceito de consumidor será modelado por referência ao conceito económico de bem de consumo., mas será esta, porventura, a solução mais adequada? É que, em bom rigor, ao conceito económico não interessa tanto o efetivo ‘consumo’ desse bem, mas antes o impacto que tal ato de procura tem no mercado. Acresce que os economistas clássicos não relevavam o consumo no quadro da ciência económica, devendo-se a Marx a sua introdução por via da máxima ‘a cada um segundo as suas necessidades’ (Cf. *Novissimo Digesto*, 359). Ademais, um conceito puramente económico afigura-se como *redutor* das exigências que o ato de consumo põe ao direito. É que, a proteção do consumidor não se esgota num cálculo das utilidades marginais obtidas com a aquisição de um bem.

Importa, pois, compreender o ato de consumo na sua plenitude de sentido. O que nos leva a começar por perguntar pelas *condicionantes* ou *envolventes* da formação do ato de consumo. Perguntar, enfim, pelo Homem, e questionar: é o ato de consumo fundado numa decisão livre em condições de igualdade? Não será antes, as mais das vezes, imposto por uma, *massicultura* e *medicultura*, de que nos fala Dwight Macdonald, em *A Industria da Cultura*. Ou, ainda mais radicalmente: fará ainda sentido falar do Homem? Não terá este, tendo *A ciência e a técnica como ideologia*, no dizer de Jürgen Habermas, sido conduzido para o *consumismo*? E, com a *consequente devastação do espaço vital*, cometido, dando voz à obra de Konrad Lorenz, um d’ *Os oito pecados mortais da civilização*? Alvin Toffler visionou, há já alguns anos atrás, o mundo como uma *Aldeia Global*. E nela habitamos hoje, em virtude da Revolução das

Comunicações. É a nossa a *Era da Comunicação*, como diz Humberto Eco. E com ela, como diria Derrida, a *disseminação* à escala planetária de uma linguagem: a linguagem do *marketing*, a Babel que desponta no limiar do Terceiro Milénio. Esperanto? Ou, antes, *Novi-lingua*, ao estilo orwelliano?

Nesta *condição pós-moderna*, dizendo-o com Lyotard, o centro de gravidade passou da *fábrica* para o *mercado*. E o mercado é controlado por quem domina a *alquimia da informação*, como refere o casal Toffler, em *Criando uma Nova Civilização*. Ou se quisermos, pelos *Imagólogos*, de que fala Milan Kundera, em *A Imortalidade*. O consumidor atualiza diariamente essa informação através do *Big-Brother* que os *media*, sobretudo a televisão, são. E com base nela toma, as mais da vezes, decisões de praticar o consumo *para além do valor de uso* dos bens, como refere Jean Baudrillard, em *Para uma economia política do signo*. Acresce que, para além de ser impelido ao consumo pela *magia do signo* realizada, via de regra, pela *profundidade publicitária* — de que fala Roland Barthes, em *Mitologias* —, o consumidor vê o seu poder de negociação junto dos fornecedores dos bens reduzido, via de regra, à aceitação ou não de condições pré-elaboradas. E porque a satisfação das necessidades o impelem a consumir, não lhe resta senão fazer-fé na letra miúda, e esperar que o produto não seja defeituoso. *Normalização, standardização, performance são os comandos desta linguagem do mercado* (sobre esta matéria poderá ver-se os nossos *Comunicação e defesa do consumidor*, Coimbra, 1993, *abril Revisitado: Dos Cravos da Revolução aos Escravos da Comunicação?*, Cantanhede, 1995). É caso para perguntar, então: não estará o homem reduzido ao estatuto funcional de consumidor? Não será tempo de ajuntar um novo predicado ao *homo sapiens sapiens*, para além de *oeconomicus, loquens, ludens, communicans*? Não será este o tempo, por força da evolução, do *homo consumans*? E, por outro lado: não será, em obediência ao *Diktat* economicista, o Código do Consumidor, em gestação, mais um exemplo da economização tecnológica do direito, por definição *wertfrei*?

Ora bem. É ainda *em nome do Homem*, e da sua dignidade, que se justifica um Código do Consumidor. Pois que, no ato de consumo, ocupa uma posição débil ou fraca: limitado na sua liberdade, diminuído na sua igualdade. Pode, pois, o Homem exigir ao Direito que intervenha ao seu serviço, em nome do respeito por estes mesmos valores, pois que integram aquele mínimo de dignidade humana que cumpre ao direito salvaguardar e promover. Acresce que o próprio sistema económico, que opera em termos de mercado em livre concorrência, tem como seu agente essencial o consumidor. E que, a fim de evitar a entropia, carece de regras que promovam a confiança social: que o consumidor possa acreditar na publicidade, confiar na letra miúda e presumir a segurança e qualidade dos bens que consome. E que disponha de um complexo de expedientes adequados à reparação dos danos sofridos. E até que sejam previstas *sanções compulsórias*, que dissuadam eventuais tentações contabilísticas de incumprimento. Enfim, a elaboração de um direito dos consumidores *sub specie codicis* é feita em nome de valores fundamentais à vida do homem-com-outras. Em causa está reger um *ato de comunicação* — o ato de consumo —, que afeta não apenas o homem-consumidor individualmente considerado, mas também o arquétipo vigente do processo económico em que ocorre.

Como nos dá conta Guido Alpa, na *Enciclopedia Giuridica*, desde o *leading case* (caso *Mc Pherson*) sobre *products liability*, ocorrido em 1916 na jurisprudência norte-americana, passando pelo *Ombudsmann* dos consumidores na Suécia e por diversas intervenções legislativas em diversos domínios (publicidade enganosa, cláusulas contratuais gerais e *Unfair Contract Terms*, responsabilidade objetiva do produtor, etc.), tem-se assistido à emergência de uma série de normas destinadas a proteger o consumidor. E que compõem o chamado *direito do consumo*, como disciplina jurídica que rompe fronteiras dogmáticas, na busca de respostas para os problemas das sociedades de consumo. Torna-se, pois, exigível ao Estado, que, desde logo, através do seu poder legislativo, se desincumba da sua tarefa de proteger o consumidor, mediante *leis claras, curtas e concisas*, de preferência, *sub specie codicis*. Sobre esta matéria, *vide*, fundamentalmente, António Pinto Monteiro, *Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, I, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, p. 201 *et seq.*

Claro que ao invés da criação de um Código do Consumidor autónomo poder-se-ia enxertar esta regulamentação no Código Civil, à semelhança do que sucedeu em alguns países, nomeadamente na Holanda. Em legislação avulsa ficaria o chamado direito económico do consumo, no qual a intenção de proteção de consumidor já não encontra ressonância no regime positivo, não surgindo muitas vezes senão como um mero “a propósito” ou “dogma protocolar”, pois que se trata essencialmente de regulação do mercado (incluindo a produção). Assim, o direito do consumidor propriamente dito seria integrado num trabalho mais amplo de revisão do Código Civil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema de política legislativa. Porém, este é um tempo de fragmentaridade, de mosaicos de leis avulsas, mais determinadas pela oportunidade do espectro mediático e das pressões dos interesses do que pela qualidade da produção legislativa. Oxalá o Código do Consumidor possa inverter esta tendência. No estado atual, há três vias possíveis. Uma é abrir o Código Civil e enriquecê-lo com estes novos desenvolvimentos provenientes principalmente do direito comunitário. Outra via é deixar tudo como está, transpondo as Diretivas

8. Em ordem a criar um ambiente jurídico de confiança, a defesa do consumidor é um aspeto fundamental da promoção do comércio eletrónico¹. Dentro do amplo leque de medidas que compõem o acervo comunitário de proteção dos consumidores², abordaremos fundamentalmente duas medidas com relevo contratual: as Diretivas Contratos à Distância³ e Cláusulas Abusivas⁴. A Diretiva sobre o comércio eletrónico ressalva o acervo comunitário essencial para a proteção do consumidor constituído por estas Diretivas, considerando-as integralmente aplicáveis aos serviços da sociedade da

comunitárias mediante leis avulsas, engrossando o volume das coletâneas de leis do consumidor (ou do consumo, tanto faz). Por fim, a terceira via é, na impossibilidade de abrir e rever o Código Civil, criar um novo Código, que se juntará a vários outros que gravitam em torno do Código Civil: é a via do Código do Consumidor, a via *per mezzo*.

¹ Diretiva sobre o comércio eletrónico, art. 2.º-e)

¹ Sobre esta matéria veja-se António Pinto Monteiro, *A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 155 s; poderá ver-se também o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999. No direito comparado, veja-se, por exemplo, Arnold Dirk, *Verbraucherschutz im Internet*, CR 1997, p. 526; H. Köhler, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185; D. Valentino, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375; M. Martinek, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207; M. Trochu, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179.

² Para além das medidas que serão referidas no texto, veja-se, especialmente, com relevo no domínio das comunicações eletrónicas: Diretiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (no direito interno, veja-se o Regime de acesso e exercício da atividade de agências de viagens e turismo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 209/97 de 13 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 12/99 de 11 de janeiro); Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, transposta pelo Decreto-Lei n.º 162/99 de 13 de maio, que altera o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril; Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Diretiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Diretiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 1998 (no direito interno, veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro); Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de maio de 1998 relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores; Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio de 1999 relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; Diretiva 84/450/CEE do Conselho de 10 de setembro de 1984 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, alterada pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 1997 para incluir a publicidade comparativa; Diretiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997; Diretiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano; Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (no direito interno, veja-se o Código da Publicidade).

³ Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

⁴ Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

informação¹. Outros aspetos que focaremos dizem respeito à publicidade domiciliária por *marketing* direto e ao problema da aplicação do regime da responsabilidade do produtor aos conteúdos informativos transacionados eletronicamente, em especial quando se trata de programas de computador.

No direito alemão, a TDG responsabiliza os prestadores de teleserviços (*Teledienste*) pelos conteúdos informativos próprios que tornam disponíveis nos termos gerais, excluindo, porém, o regime da “*Produkthaftung*”²; depois, prescreve o critério da *culpa in vigilando* para os conteúdos de terceiros no contexto da “edição eletrónica” e exclui a sua responsabilidade nos casos de simples prestação de acesso a conteúdo de terceiros³. Não obstante, este precedente de direito comparado não deixa de ser problemático, ao excluir, por argumento *a contrario*, o regime jurídico da responsabilidade do produtor⁴, sobretudo, se se entender que é extensível a produtos digitalizados, como sejam os programas de computador e os produtos multimédia em geral, equiparando-os à eletricidade que não é excluída da noção de produto consagrada na diretiva⁵. Além do mais, distingue a mera prestação de serviço de acesso da distribuição de produtos de informação via eletrónica, sejam produzidos pelo próprio, sejam de terceiros. A distribuição em rede (*maxime*, na Internet) de conteúdos informativos digitalizados ganha significado crescente com o desenvolvimento do comércio eletrónico. Em vez da informação incorporada em suportes materiais de dados, pratica-se cada vez mais a pura transferência em linha dos produtos, sendo de referir, ainda, que determinadas formas de programas, como os *Browsers* ou os *Scanners* de Virus na Internet, podem permitir o controlo de vias de distribuição na Internet. Por todas estas razões, não deixa de ser problemática a responsabilidade do produtor de informação e os termos do “privilégio” estabelecido pela nova lei alemã⁶. Todavia, a dimensão de serviços envolvida e a natureza incorpórea destes produtos são dois argumentos favoráveis à exclusão do regime da responsabilidade objetiva ao produtor deste tipo de bens. Isso permitirá clarificar a questão, sendo que ainda há meia dúzia de anos se escrevia que: “Hoje é completamente não claro saber se a informação é considerada um produto no sentido da Diretiva. Os poucos comentadores que se manifestaram sobre o assunto até agora estão divididos.”⁷

O problema da responsabilidade do produtor de informação defeituosa, em especial programas de computador, e dos prestadores de serviços em linha constitui, é certo, uma

¹ Veja-se, também, a Resolução do Conselho de 19 de janeiro de 1999 sobre os aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação, e o documento da OCDE *Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*.

² Cfr. § 5(1) TDG.

³ Cfr. M. Schaefer / C. Rasch / T. Braun, *Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern*, ZUM 1998, p. 452.

⁴ Veja-se, entre nós, o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidades decorrente de produtos defeituosos.

⁵ Cfr. G. Vandenberghe, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 402 (“Products also include electricity.”).

⁶ Cfr. G. Spindler, *Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet*, MMR 1998, p. 23.

⁷ G. Vandenbergue, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 402.

questão horizontal, que tem a ver com a responsabilidade extracontratual na Internet e com a aplicação neste domínio de regras válidas para outros meios de comunicação, por ex., a radiodifusão audiovisual¹. Como se deu conta no Livro Verde Convergência, referindo-se a este problema: “Em alguns casos pode haver o risco de, apesar das definições atuais, a nível comunitário, de atividades de radiodifusão e de telecomunicações, os regulamentadores de alguns Estados-membros submeterem um determinado serviço novo a um dado regime regulamentar, enquanto noutros Estados-membros se considera que esse serviço está sujeito a um regime diferente (...) Um exemplo de insegurança regulamentar ocorreu durante a recente campanha eleitoral em França. As regras que proíbem a publicação de resultados de sondagens na semana que precede as eleições foram aplicadas aos meios de comunicação social fora de linha, mas não à Internet. Nestas circunstâncias, diversos editores ignoraram a proibição que colocava em desvantagem os meios de comunicação social tradicionais.”²

Um outro exemplo é saber se o regime das mensagens publicitárias se deverá aplicar no ambiente digital das redes informáticas, de que é exemplo paradigmático a Internet. Com efeito, os serviços de difusão por satélite e por cabo de sinais televisivos e radiofónicos encontram-se sujeitos ao regime da publicidade vertido, entre nós, no Código da Publicidade. Este Código não apenas transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva Publicidade Enganosa e Comparativa³. Além disso, o Código da Publicidade transpõe também regras da Diretiva Televisão⁴, além de receber no ordenamento nacional a Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras. Ora, serão válidos no ambiente digital em rede os princípios da licitude, do respeito dos direitos dos consumidores, da identificabilidade e da veracidade que regulam o direito da publicidade? Será aplicável neste domínio a medida cautelar consagrada no art. 41.º, 7, do Código da Publicidade, segundo a qual, quando a gravidade do caso o exija e sempre que do facto resulte contribuição para a reparação dos efeitos da publicidade ilícita, podem as entidades competentes para a fiscalização ordenar ao anunciante a difusão, a expensas suas, de publicidade corretora, determinando o respetivo conteúdo, modalidade e prazo de

¹ Sobre esta questão veja-se, nomeadamente, C. von Heyl, *Teledienste und Mediendienste nach Teledienstegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag*, ZUM 1998, p. 115; C. Degenhart, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 333; W.-D. Ring, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 358; Al. Tettenborn, *Europäische Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft*, MMR 1998, p. 18.

² Livro Verde relativo à Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação — para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação, COM(97) 623 final, 3.12.1997, p. 22.

³ Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, e a Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, que altera a Diretiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa. Sobre a diretiva da publicidade (enganosa e) comparativa veja-se, por ex., Tilmann, *Richtlinie vergleichende Werbung*, GRUR Int. 1997, p. 790.

⁴ Diretiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997. Sobre a publicidade no direito comunitário veja-se ainda a Diretiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco.

difusão? E, para além das regras sobre a publicidade televisiva e as tele vendas, serão aplicáveis as regras do patrocínio, como, por exemplo, a que a Diretiva Televisão alterada introduziu, no sentido de o permitir, em certos termos, a favor de entidades cujas atividades incluam o fabrico ou venda de medicamentos e tratamentos médicos¹? E as regras relativas à “proteção dos menores e ordem pública”, no sentido de as emissões televisivas dos organismos de radiodifusão não incluírem quaisquer programas suscetíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores (cenas de pornografia ou de violência gratuita, incitamento ao ódio por razões de raça, sexo, religião ou nacionalidade)?²

De facto, é questionável que haja analogia entre estas duas formas de comunicação, a radiodifusão e a Internet, pois que, justamente, “as informações transmitidas não são realmente nenhum programa em sentido próprio e que praticamente cada um pode encontrar-se seja como fornecedor de informação seja como utilizador”³. Com efeito, serão mobilizáveis, neste domínio, precedentes jurisprudenciais firmados no domínio dos serviços de telecomunicações de sinais televisivos, como é exemplo paradigmático o caso *Hillsboro* no reino Unido (*Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*)⁴

Em suma, a proteção do consumidor na Internet levanta diversas questões⁵. É uma questão importante saber quais os direitos dos consumidores no ambiente digital em rede interativa. Entre nós, os consumidores, enquanto tais, têm direitos fundamentais consagrados na letra da lei constitucional (art. 60.º CRP), nomeadamente, os direitos à qualidade dos bens e serviços, à formação e à informação, à reparação de danos. Direitos estes que são explicitados na Lei de Defesa do Consumidor⁶, e têm carácter injuntivo. Topicamente, é importante saber se e em que termos são aplicáveis, no ambiente digital em rede, diversas normas, como, por exemplo, a regra segundo a qual a informação das mensagens publicitárias poderá, em certos termos, considerar-se parte integrante do conteúdo dos contratos que venham a celebrar-se, tendo por não escritas as cláusulas contratuais em contrário (art. 7.º, 5); o relevo especial do dever de informação que sobre o fornecedor impende (art. 8.º); a proteção da inércia do consumidor, não tendo,

¹ Cfr. art. 1.º, 19-b, Diretiva 97/36/CE.

² Sobre esta questão veja-se o nosso *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 89.

³ M. Büttler, *Information Highway — Rundfunk- oder Fernmeldedienst?*, in R. Hilty (Hrsg.), *Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen)*, München: Beck, 1996, p. 173-4.

⁴ Em traços gerais, os telespectadores de um programa televisivo viram imagens reais na televisão de um desastre em massa envolvendo pessoas queridas e reclamaram ter sofrido choques nervosos por causa disso; a *House of Lords* reconheceu a diferença entre ver uma tal cena na televisão e ler sobre isso nos jornais, mas tratou de limitar o número de potenciais *claimants* por via da requisição de um *nexus* apertado entre o recetor da radiodifusão e o assunto i.e. uma relação próxima de amor e afeto entre o telespectador e a pessoa cuja morte ou mutilação estava sendo descrita; porém, os factos do caso não eram constitutivos de responsabilidade porque as imagens de radiodifusão, de acordo com os códigos de radiodifusão, não identificavam especificamente indivíduos vítimas/parentes dos telespectadores. Cfr. R. Taylor, *Consumer Protection in the Telecommunications Field*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, 1996, p. 393.

⁵ Sobre o problema veja-se, nomeadamente, H. Köhler, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185; D. Valentino, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375; M. Martinek, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207; M. Trochu, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179.

⁶ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, arts. 3.º a 15.º, art. 16.º.

nomeadamente, a obrigação de pagar bens ou serviços que não tenha expressamente encomendado ou solicitado (art. 9.º, 5); a proibição de o fornecedor fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço do fornecimento de um bem ou da prestação de outro serviço (art. 9.º, 6); o “direito de retratação” nos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do prestador dos serviços (art. 9.º, 7); o direito de ação inibitória e a legitimidade processual ativa dos consumidores diretamente lesados (arts. 10.º e 13.º). Para além dos direitos previstos nesta *magna carta* dos consumidores, é importante definir os termos de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais¹ às chamadas licenças *click-wrap*, ao nível não apenas da formação do contrato,

¹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de janeiro (e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de julho), que transpõe a Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Antes da alteração de 1999, concordámos com a defesa da interpretação do art. 1.º da nossa Lei em conformidade com a Diretiva, de modo a que, ao menos no âmbito das relações com os consumidores, o regime se aplicasse a cláusulas pré-elaboradas, independentemente do requisito da sua generalidade e indeterminação (assim, António Pinto Monteiro, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 101, sustentando a interpretação conforme à diretiva e criticando a solução legislativa, por esta não ter resolvido convenientemente o problema: “el legislador, habiendo intervenido, debería haber encarado y resuelto este problema de forma clara e inequívoca. Y podría haber bastado (exceto las disposiciones sobre la acción inhibitoria) a todas las cláusulas redactadas previamente, en los términos anteriormente expuestos, al menos en las relaciones con los consumidores.” — veja-se ainda, Idem, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231 s; tratar-se-á esta de uma exceção infeliz à regra segundo a qual: “Es ist manchmal eine übertriebene Sorge unseres Gesetzgebers festzustellen, den Richtlinien sehr nahe — fast wörtlich — zu folgen.” Idem, *Harmonisierung des Portugiesischen Verbraucherschutzrechts*, BFD 1993, p. 359).

Acrescentámos, ainda, que o DL 249/99, de 31 de julho veio “corrigir” uma deficiência na transposição da Diretiva, que na verdade não tinha inteiramente razão de ser (neste sentido, ver Mário Júlio de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999, p. 18: “Motivou essencialmente esta intervenção legislativa o facto de se considerar, quanto a nós sem fundamento, que o legislador português omitira a transposição da mencionada Diretiva a respeito das cláusulas destinadas a contratos individualizados.”). Com efeito, o diploma de alteração vem dispor que o regime das cláusulas contratuais gerais “aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (art. 1.º, 2). Esta solução tem sido criticada (*vide* António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Diretiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 535: “não foi feliz, a nosso ver, o modo nem os termos por que o legislador de 99...”; Alexandre Dias Pereira, *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação*, *cit.*, p. 106: “A fórmula adotada não é inteiramente feliz.”).

Com efeito, o que são contratos individualizados? Serão contratos que contêm cláusulas contratuais gerais “moldadas” em atenção ao contrato individual, mas que no essencial se integram na disciplina de uma série indeterminada de contratos? É que a integração de tais cláusulas numa disciplina de série indeterminada, embora individualizada no contrato individual, não nos parece ser elemento exigido pela Diretiva, uma vez que a Diretiva não se destina a regular tais “contratos individualizados”, mas antes as cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de negociação individual, isto é, que tenham sido redigidas previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2, Diretiva sobre cláusulas abusivas). De todo o modo, mesmo os contratos não individualizados que não se integram numa disciplina contratual de série indeterminada serão abrangidos pelo regime das “cláusulas contratuais gerais”. Tal resulta, não da alteração literal que foi operada — que é equívoca —, mas da interpretação que fazemos do art. 37.º. Em suma, o diploma das cláusulas contratuais gerais é aplicável também às cláusulas não negociadas individualmente contidas em propostas aceites ou subscritas pelo aderente, e não apenas às cláusulas contratuais gerais *stricto sensu*. Na verdade, se o diploma ressalva a aplicação das disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente do que o regime das cláusulas contratuais gerais, então, por maioria de razão, isso significa que o aderente já beneficiará sempre deste regime independentemente de estarem em causa cláusulas contratuais gerais, cláusulas contratuais gerais individualizadas ou antes, simplesmente, cláusulas não negociadas individualmente (cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Eletrónico na Sociedade da*

mas também do controlo do conteúdo e, ainda, a nível orgânico-processual (pondo-se, aqui, a questão da pertinência de um serviço eletrónico em linha de registo das cláusulas contratuais abusivas). Para além do problema das cláusulas abusivas nas licenças *on line*, seria importante apurar os termos da aplicação do regime do crédito ao consumo no contexto do *teleshopping*¹.

É, portanto, amplo o leque de problemas que se abre no tratamento do problema da proteção jurídica do consumidor no domínio do comércio eletrónico². Além disso, será

Informação, cit., p. 104 s; Idem, *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA, 1999, III, p. 987, em nota).

¹ Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 87/192/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo (alterada pela Diretiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Diretiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 1998).

² Por outro lado, o problema da proteção jurídica do consumidor de serviços da sociedade da informação deve ser enquadrado, atualmente, no âmbito de uma caracterização prévia da Sociedade de Informação. Com efeito, sendo a sociedade função do direito, uma vez que *ubi societas, ibi ius*, interessa descrever os traços mais salientes daquele macro-cosmos englobante, a Sociedade de Informação, em ordem a compreender o modo como este micro-cosmos englobado, o Direito, é chamado a atuar. Sendo que o sentido da sua atuação é já apontado pelo termo primeiro da enunciação do problema: a proteção do consumidor. Por outras palavras, estamos, por assim dizer, num plano, ao mesmo tempo, infra- supra- e trans-sistemático que o direito do consumo constitui, como ramo cientificamente autónomo, porquanto nele convergem fluxos provenientes de lugares dispersos do mundo da juridicidade por referência a uma intenção de justiça protectiva do ato de consumo. Seguiremos, a fim de caracterizar a Sociedade de Informação nos seus traços mais distintivos, alguns depoimentos credenciados, apresentados no relatório do Ministério da Economia da Baviera (BMW Report, de seu título *Die Informationsgesellschaft*, Bonn, 1995). Trata-se de um documento pioneiro no horizonte dos Estados-membros da União Europeia, contendo, *inter alia*, opiniões de profissionais oriundos do meio académico, científico, político, cultural e empresarial, que, de um modo geral, retratam, assaz amiúde, as novas realidades vazadas sob a designação Sociedade de Informação.

Para começar, as expressões autoestradas da informação, multimedia, ciberespaço são alguns dos mais importantes conceitos-chave na economia presente e futura. Significam a mudança estrutural das modernas sociedades industriais de informação. Na verdade, as tecnologias da comunicação e da informação assumiam já, em 1995, um valor na economia mundial de cerca de 3 biliões de US dolares. Ao valor económico destas novas tecnologias junta-se a circunstância de que, com a Internet e os restantes instrumentos de telecomunicação eletrónica, o Tempo e o Espaço perdem grande parte do seu significado tradicional. Com efeito, num universo em que a informação pode ser processada, armazenada, solicitada e comunicada, anónima e instantaneamente, através de redes à escala mundial (Internet), categorias fundamentais como o tempo e o espaço são reequacionadas, adquirindo uma nova significação. Neste contexto, apenas quem é informado pode aproveitar as possibilidades e os riscos das novas técnicas e alcançar confiança na Sociedade de Informação (Günter Rexrodt, *Vertrauen in die Informationsgesellschaft*). Podemos, assim, dizer que a informação integra hoje, juntamente com as matérias primas, o trabalho e o capital, o quadro dos principais fatores económicos produtivos. Vale isto por dizer que o processo económico junta a informação aos seus meios tradicionais.

Ademais, o atual desenvolvimento tecnológico é determinado por três tendências de inovação fundamentais: a digitalização, a miniaturização e a integração (Jörg Harms, *Computertechnik, Telekommunikation, Unterhaltungselektronik und Medien wachsen zusammen*). Sendo que, num quadro de liberalização dos mercados de telecomunicações, assiste-se ao surgimento de um mercado global da comunicação. Esse mercado é potenciado pela convergência entre diferentes domínios tecnológicos, pondo em direta concorrência empresas de media, de equipamentos eletrónicos, da indústria dos computadores e das telecomunicações, seja por satélite ou via cabo. Depois, prevalece neste mercado uma situação concorrencial ambivalente, caracterizada simultaneamente pela cooperação e pela concorrência, ou seja, aquelas empresas concorrem e cooperam, ao mesmo tempo, entre si (Mark Wössner, *Konvergenz - Kooperation - Konkurrenz. Zu den Ursachen der Allianzen auf dem internationalen Medienmarkt*). Fala-se, a este propósito, de mercado no ciberespaço, no qual são oferecidos novos produtos, sobretudo os Multimedia, que conjugam, num só, textos, imagens, sons, interactivamente processados por programas de computador. Trata-se, desde logo, dos serviços de bases de dados eletrónicas, seja em linha, seja via CD-

Rom, tornados possíveis pela tecnologia digital (pense-se na importância do *scanner*). Por outro lado, a publicação eletrônica potencia, ainda mais, um consumo de cultura em, massa. As tecnologias da comunicação à distância tornaram possíveis, para além dos media tradicionais de telecomunicação (telefone, rádio, televisão, telefax, etc.), o mercado virtual, no qual são oferecidos, entre tantos outros, serviços telemáticos, como sejam: a televisão interativa, o correio eletrônico, o *teleshopping* e o *teleshopping*, a telemedicina, a telepedagogia, o *video-on-demand*, a video-conferência, etc., etc.

Pelo que, se no domínio laboral, conceitos como horário e local de trabalho estão em redefinição com o chamado Teletrabalho, também no domínio do direito do consumidor se abre todo um leque de problemas, a começar, desde logo, pela chamada *computer literacy* no *Cyberspace* (Hilmar Hoffmann, *Die Chance des Lesers*) ou, por outras palavras, do *PC-Anphabetismus* (Fredy Weling, *Geht uns die Arbeit aus? Die Informationstechnologie verändert Arbeitsstrukturen*). Ou seja, à semelhança do que se passa com outros ramos do direito que tutelam agentes nucleares do processo económico, como sejam os trabalhadores, também o direito do consumo é confrontado com esta nova realidade problemática, nela sendo chamado a atuar a intenção de justiça protectiva que o norteia. Com efeito, na Sociedade de Informação assiste-se a uma mudança de paradigma, de um mercado real para um mercado virtual, em que a transparência do mercado, a promoção da concorrência e a proteção do consumidor são reequacionadas. Nesse sentido, para que a informação e a formação, como traves mestras da defesa do consumidor, funcionem na Sociedade de Informação, necessário se torna, desde logo, compreender que a progressiva digitalização das transações comerciais entre oferentes e consumidores altera ou, pelo menos, afeta as estruturas fundamentais das relações negociais mercantis. São, nomeadamente, os problemas da decisão de compra através de *teleshopping*, do pagamento através de *dinheiro cibernético* (*Cybergeld*), da publicidade na *Internet* ou, ainda, da responsabilidade do produtor de bases de dados por informação defeituosa. Por outro lado, sendo ainda desconhecido cerca de um terço dos riscos decorrentes da incerteza e da fiabilidade dos novos sistemas tecnológicos, cabe ao consumidor desempenhar, desde logo, uma função de sensor (*Sensorfunktion*), reconhecendo novos problemas e reclamando soluções adequadas (Heiko Steffens, *Gefahren für den Verbraucher? Mehr Schutz für Teleshopper auf virtuellen Märkten*).

Assim, proteger o consumidor de serviços da sociedade da informação é proteger o consumidor no mercado virtual: é proteger, se quisermos, o *Cyberconsumer*. E, para isso, é preciso, desde logo, fazer valer os seus direitos nesse ambiente digital da *Internet*, do *teleshopping*, do *pay per view*, etc. A codificação do direito do consumo deverá, pois, adequar o direito a esta nova realidade, sob pena de o Código ser um “nado-morto”. Melhor ainda, se quiser evitar “a revolta dos factos contra o Código”, o futuro direito do consumo deverá acautelar, desde logo, os já existentes direitos dos consumidores no ciberespaço, isto é, na nossa “Civilização Cibernética”. Como em tantos outros domínios, não se trata bem de novos problemas. O que há de novo é o modo como se põem, isto é, os termos com que se tecem. Os grandes problemas são clássicos. E, em regra, estão resolvidos, pelo menos, em grande parte. Trata-se, principalmente, de adequar a letra das normas às realidades tecnológicas atuais. Por outras palavras, dando-se o ato de comunicação, que o consumo seguramente é, por via destes novos meios tecnológicos, deve proteger-se o consumidor em termos consonantemente adequados. Nesse sentido, em muitos dos serviços da sociedade da informação o consumidor é já protegido. Assim, por exemplo, o Código da Publicidade protege o consumidor de serviços de telecomunicações, como sejam, a televisão, a rádio, o fax e os demais restantes meios de comunicação, contra todas as formas de comunicação de mensagens de natureza promocional de produtos ou serviços, incluindo o patrocínio, que sejam, nomeadamente, enganosas, ou que, de um modo geral, atentem contra os direitos dos consumidores. Especial importância no mercado virtual revestem os regimes jurídicos das cláusulas abusivas. Com efeito, são frequentes no *teleshopping* as chamadas licenças eletrónicas (*electronic shrink-wrap licences*), nos termos das quais, com o simples premir de um botão expressa-se a adesão a uma série de cláusulas pré-estipuladas pelo oferente dos bens. O problema põe-se em virtude do *supra* referido “analfabetismo informático” do *cyberconsumer*, sendo necessário acautelar, nomeadamente, os seus direitos à informação e ao esclarecimento, ao nível da formação e da celebração dos contratos, para além dos problemas gerais postos pela digitalização da declaração negocial. Por outro lado, tais cláusulas tendem a excluir a responsabilidade do produtor de informação. No mercado virtual do ciberespaço interativo a informação é explorada como bem económico, sendo mesmo, como alguém disse, o “petróleo” das nossas sociedades. Com efeito, assiste-se à criação de um vasto mercado da informação, através da produção e distribuição, em massa, de bases de dados informáticas e sistemas eletrónicos de informação. A distribuição na *Internet* de informação e de produtos digitalizados, como programas de computador, assume especial relevo. Em vez de informação incorporada em suportes de dados, como os CD-Rom, assiste-se cada vez mais à transmissão em linha de produtos multimédia, em que o único suporte são os impulsos energéticos que correm nos circuitos eletrónicos da rede. Certos produtos como os *Browsers* e os *detetores de vírus*, são distribuídos sobretudo na *Internet*, a fim de assegurar a segurança das transações. Porém, não se exclui a possibilidade de informações, em especial programas de computador, serem

de registar o trabalho que tem sido levado a cabo pelas instâncias comunitárias através da adoção de diversas medidas de harmonização do direito do consumidor, antevendo-se, agora, um movimento de codificação de um direito civil europeu em ordem a assegurar

portadores de defeitos e de, nessa medida, ser reclamada a responsabilização do seu produtor. Ora, enquanto bem susceptível de aproveitamento económico, a informação, *maxime* na forma de produtos multimedia, coloca também problemas em sede de responsabilidade jurídica. Em especial, saber se a informação deve ser tratada como produto, para efeitos de responsabilização do seu produtor pelos seus defeitos. Trata-se, portanto, de proteger o consumidor de informação, garantido-lhe o direito à reparação por danos sofridos em virtude de defeito informático. De igual modo, regras que protegem já o consumidor na negociação de contratos fora dos estabelecimentos comerciais e nos contratos à distância, devem ser feitas valer no novo ambiente digital, em que cada utilizador de um computador ligado à rede é um potencial adquirente de bens ou serviços. Sendo que, não apenas a negociação, mas também o pagamento e a entrega dos bens se podem fazer por via eletrónica, incluindo a obtenção de crédito, sendo necessário apurar como valerão nesse domínio as regras do crédito ao consumo. Por último, a proteção do *cyberconsumer* no mercado virtual, para ser eficaz, deve assentar em mecanismos judiciais de acesso à justiça, pelos quais ele possa fazer valer com celeridade os seus direitos. Com efeito, sob pena de os direitos dos consumidores não passarem de declarações de princípio, quais proposições linguísticas comunicadas pelo legislador, mas desprovidas de conteúdo performativo, necessário se torna adjetivar, em termos orgânico-processuais, a sua significação substantiva, dando *viva vox* à máxima “a cada direito corresponde uma ação”. Só desse modo o direito do consumo converter-se-á, de mera *law in the books* em verdadeira *law in action*, adequando-se, de facto, à vida que lhe cumpre servir.

Resulta do que fica dito que o extenso corpo de regras que protegem o consumidor, bem como assim os princípios que o animam, deverão ser feitos valer no mercado virtual do *cyberconsumer*. Assim, direitos do consumidor, como sejam, por exemplo, o direito de resolução (*cooling-off period*) no crédito ao consumo e nas “vendas à distância” e o direito a ser informado sobre esse direito, bem como, ainda, o direito à informação nos contratos de adesão formados e celebrados via EDI ou o direito à reparação de danos por produtos multimedia defeituosos, toda esta gama de direitos, dizíamos, deve ser atuada no novo ambiente digital de convergência das telecomunicações, da informática, dos media, naquilo que se chamam as autoestradas da informação ou a infraestrutura económica da informação. O Código *in faciendo* deverá, pois, abrir as suas portas ao consumidor deste mercado cibernético, dando-lhe confiança para que possa fazer-fé na letra miúda das licenças *on-line*, para que possa presumir a segurança dos produtos multimedia e acreditar na publicidade que recebe no seu correio eletrónico ou na Internet, para que possa contar com a garantia de que os danos sofridos pelo consumo de tais bens serão ressarcidos. Disso depende a confiança social no arquétipo económico vigente, a disseminação das novas tecnologias e o bem-estar dos consumidores. Na verdade, as aplicações multimedia oferecem ao consumidor possibilidades interessantes e novas oportunidades, que o direito do consumo deverá promover. Por exemplo, o consumidor pode escolher em casa pela Internet uma grande variedade de bens que apenas estão disponíveis no estrangeiro. Além disso, podem poupar-lhe muito tempo. Porém, deve o seu direito de resolução deve ser acautelado, bem como assim o de devolução do produto, caso este não corresponda à informação que serviu de base à decisão de aquisição via *teleshopping*. Em especial, deve o consumidor ser protegido contra o excesso de informação, pois que aqui não será inteiramente válida a máxima: *quod abundat non nocet*. Antes pelo contrário, o excesso de informação, a sobreinformação (em inglês, *over load information*), pode conduzir a que o consumidor não seja devidamente informado desses seus importantes direitos. Vale isto por dizer, que não interessa apenas a informação em si, mas antes também o modo como se informa, isto é, os termos como essa informação é comunicada ao consumidor.

Em suma, em jeito de conclusão, todas estas questões devem, pois, ser respondidas no tratamento do problema da proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrónico. Trata-se de pôr o direito “em dia” na Sociedade de Informação no domínio do consumo, tal como noutros domínios. No centro das preocupações deve estar o Homem, que não o androide, uma vez que proteger o *cyberconsumer* dos mercados virtuais é, ainda, proteger o ato de comunicação e, nessa medida, lutar pelo respeito da *dignitas* do Homem. Sem que essa proteção entorpeça, porém, o desenvolvimento tecnológico e o progresso civilizacional proporcionado pela ciência. Na verdade, um equilíbrio deve ser encontrado, por via da ponderação prudencial dos interesses conflitantes nos “pratos da balança” referida aos valores essenciais da Comunidade. Se, por um lado, a proteção do consumidor impõe o acautelamento dos seus direitos neste novo ambiente digital, já, por outro lado, o progresso tecnológico oferecido pela ciência deve ser disseminado e posto ao serviço da comunidade e, ao mesmo tempo, dos próprios consumidores deste mercado virtual.

uma interpretação das cláusulas gerais conforme aos resultados prosseguidos por essas medidas¹. Nesse sentido aponta o novo Código Civil da Holanda que acolhe “*no seu seio o direito do consumo*”².

9. Apesar de todas as críticas de que foi alvo, a Diretiva sobre o comércio eletrônico acabou por consagrar o princípio do país de origem³, mas traduzir-se-á este princípio na redução dos padrões normativos de defesa dos consumidores praticados nos Estados-membros. Com efeito, na perspectiva do BEUC, a Proposta apresentada pela Comissão⁴ não satisfazia as exigências de uma política de proteção dos consumidores no domínio do comércio eletrônico.⁵ Neste quadro, as críticas dirigem-se particularmente ao princípio do país de origem, considerando-se não aceitável a imposição universal do princípio do país de origem no domínio dos serviços da sociedade da informação.

Este princípio significaria que os prestadores de serviços da sociedade da informação teriam que respeitar (apenas) a legislação do Estado-membro no qual estivessem estabelecidos, mas já não a legislação de outros Estados-membros nos quais os seus serviços pudessem ser recebidos, sendo que, em consequência da aplicação universal deste princípio, os direitos dos consumidores poderiam ser afetados por várias razões⁶.

¹ Cfr. K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533.

² António Pinto Monteiro, *Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor*, BFD 1996, p. 407 (referindo ainda “os esforços que de alguns lados vêm sendo feitos no sentido de um *Código Civil Europeu*” — p. 408).

³ Diretiva sobre o comércio eletrônico, art. 3.º (mercado interno).

⁴ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos jurídicos do comércio eletrônico no mercado interno, Bruxelas, 18.11.1998, COM(1998) 586 final.

⁵ Cfr. *Electronic Commerce - the Commission's proposal for a directive*, BEUC/033/99, 19.02.1999. Nos comentários iniciais à Proposta sustentou-se a necessidade de uma nova abordagem estratégica de modo a assegurar os benefícios do aumento da concorrência e da escolha do consumidor, mantendo e promovendo ao mesmo tempo elevados padrões de marketing e de práticas comerciais. Primeiro, a nova abordagem deveria ser multidimensional, no sentido de abranger não apenas a regra do país de origem, mas também, em certos casos, o país de destinação. De outro modo, o proposto princípio do país de origem seria aplicado universalmente ao marketing sem considerar outros fatores, como grupos especiais de consumidores ou “target groups” (por ex., as crianças), ou a existência ou não de regras harmonizadas ou códigos de conduta. Segundo, considerou-se que a Proposta tratava vários aspetos jurídicos do comércio jurídico através de normas separadas que não se encontrariam interligadas por uma estratégia ou quadro comum, sustentando-se que a nova abordagem deveria abranger códigos de conduta e os mais elevados padrões comuns de marketing, mas todos estes elementos deveriam ser interligados no quadro de uma estratégia comum suficientemente flexível para se adaptar aos novos desenvolvimentos. Com efeito, os códigos de conduta seriam promovidos sem uma indicação clara do contexto, do modo como poderiam ser acedidos e de qual seria a sua relação com normas legais. Defendeu-se, ainda, que a Proposta não providenciaria a necessária flexibilidade para responder aos novos desenvolvimentos neste domínio sujeito a mudanças rápidas.

⁶ Para começar, os prestadores destes serviços tenderiam a procurar estabelecer-se nos Estados-membros com padrões normativos de proteção dos consumidores menos exigentes. Com efeito, estando sujeitos apenas à legislação de um Estado-membro, os prestadores destes serviços poderiam ser conduzidos a escolher o Estado-membro com padrões normativos menos exigentes em matéria de direitos dos consumidores para aí se estabelecerem. Em virtude disso, poderia gerar-se o risco de os Estados-membros diminuírem os seus padrões normativos de proteção dos consumidores em ordem a acolherem o estabelecimento dos prestadores destes serviços. Na realidade, em ordem a promover o estabelecimento destes prestadores de serviços nos seus territórios, os Estados-membros poderiam ser levados a suprimir, eliminar ou, pelo menos, reduzir padrões normativos em matéria de defesa dos consumidores. Depois, a aplicação universal do princípio do país de origem aos prestadores de serviços da sociedade da informação comportaria o risco de uma diminuição dos níveis de proteção dos consumidores quer em domínios não

Efetivamente, quer em domínios não cobertos por medidas de harmonização, quer em domínios abrangidos apenas por medidas de harmonização mínima, a aplicação universal do princípio do país de origem poderia gerar um risco de diminuição generalizada dos padrões normativos em matéria de proteção dos consumidores nos Estados-membros, em razão de tal princípio potenciar uma “concorrência” entre os Estados-membros no sentido da criação de ambientes jurídicos nacionais mais favoráveis ao estabelecimento dos prestadores daqueles tipos de serviços, em detrimento, portanto, dos níveis de tutela dos consumidores¹.

Em nosso entender, porém, a questão não estaria tanto em saber quais as regras de proteção dos consumidores dos serviços da sociedade da informação que poderiam ser eliminadas ou reduzidas em virtude do princípio do país de origem, mas antes em identificar as normas que, na ordem jurídica nacional, poderiam consagrar um nível de proteção mais elevado do que o previsto nas medidas de harmonização ou, ainda, que interviessem em áreas não harmonizadas, em termos de poderem ser julgadas contrárias ao direito comunitário por se traduzirem em restrições à liberdade de prestação destes serviços não necessárias nem adequadas nem proporcionais ao objetivo de defesa do consumidor.² Na realidade, da análise do texto da Proposta resultava já então que o princípio do país de origem não era de âmbito universal, uma vez que eram consagradas expressamente diversas derrogações. No que diz respeito especificamente ao direito dos consumidores, tal era o caso, desde logo, das atividades de jogos a dinheiro não realizadas para fins de comunicação comercial (art. 22.º, 1, Anexo I) e, mais concretamente, das obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e, ainda, à comunicação comercial não solicitada por correio eletrónico ou por uma comunicação individual equivalente, para não falar em todo o domínio excluído dos serviços de seguros (art. 22.º, 2, Anexo II).

Para além destes domínios, previa-se também expressamente que a defesa dos consumidores poderia justificar restrições à liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu, na medida em que fossem conformes ao direito comunitário, isto é, que

harmonizados quer em domínios sujeitos a medidas de harmonização mínima. No que respeita aos primeiros, trata-se de atividades não cobertas por medidas de harmonização, sujeitas portanto ao critério de cada Estado-membro em sede de proteção do consumidor. Isto significaria tratar-se de áreas deixadas à discricionariedade de cada Estado-membro em matéria de adoção de regras de proteção do consumidor. Relativamente aos segundos, trata-se de domínios que, apesar de terem sido harmonizados a nível comunitário, foram sujeitos apenas a uma harmonização mínima (não completa), querendo isto dizer que ficou ao arbítrio de cada Estado-membro proceder a medidas de proteção dos consumidores mais exigentes de acordo com os respetivos padrões normativos, uma vez satisfeito o resultado mínimo de tutela pretendido pela medida de harmonização (como medidas de harmonização mínima, *vide*, em especial, as diretivas sobre publicidade enganosa, contratos negociados fora dos estabelecimentos, crédito ao consumo, cláusulas abusivas, viagens organizadas, “time-sharing”, contratos à distância).

¹ Isto mesmo seria provado mediante exemplos concretos de legislação (ou disposições de autorregulamentação que sejam bem observadas) de cada Estado-membro que estabelecessem padrões normativos elevados em matéria de proteção do consumidor e que estivessem em risco em razão do proposto âmbito universal do princípio do país de origem, especialmente nas áreas da publicidade, em especial a publicidade para crianças, das ofertas promocionais (descontos, prémios e bônus, etc.), do marketing direto (pelo “correio eletrónico”), dos jogos, das obrigações pré-contratuais (em especial os deveres de informação), da indicação de preço (em especial a obrigação de indicar o preço em moeda nacional), dos requisitos linguísticos (a obrigação de fornecer os termos do contrato numa linguagem específica) e da informação sobre o prestador de serviços.

² Cfr. o nosso *Comércio eletrónico na sociedade da informação*, *cit.*, p. 78-9.

fossem necessárias, adequadas e proporcionais a esse objetivo. É verdade que as medidas assim tomadas estavam sujeitas a um procedimento prévio de cooperação entre os Estados-membros e ao controlo da Comissão. Contudo, tal não significava, em nosso entender, que este controlo se traduzisse necessariamente na eventual diminuição dos padrões normativos de proteção dos consumidores praticados em cada Estado-membro segundo os níveis de harmonização já definidos. Com efeito, a própria Comissão reconhecia que ainda não tinha sido feito o estudo necessário para concluir da suficiência ou insuficiência desses níveis, pelo que poderiam ser superados na medida em que tal não fosse contrário ao direito comunitário, isto é, não se traduzisse em restrições desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais ao objetivo de defesa dos consumidores.

Ora, no essencial, a Diretiva sobre o comércio eletrónico seguiu a orientação imprimida já na Proposta, embora tenha melhorado substancialmente em termos de clareza formal¹.

10. Não obstante, interessa considerar esta problemática, que é de grande importância para a proteção dos consumidores no comércio eletrónico. O objetivo visado pelas organizações representativas dos consumidores consistia em que a promoção do comércio eletrónico no espaço europeu não fosse feita à custa dos elevados níveis de proteção dos consumidores nos Estados-membros. Em causa estaria salvaguardar os mais elevados padrões normativos de proteção dos consumidores praticados em cada Estado-membro em domínios não cobertos por medidas de harmonização ou sujeitos apenas a uma harmonização mínima. Padrões esses que poderiam ser eliminados ou, pelo menos, reduzidos em razão do âmbito universal do princípio do país de origem estabelecido em sede de prestação de serviços da sociedade da informação. Em ordem a salvaguardar esses padrões, a identificação de exemplos em certas áreas (por ex., publicidade, ofertas promocionais) nas legislações nacionais permitiria sustentar uma diminuição do âmbito do referido princípio, limitando o seu alcance a certos grupos de casos. Tratar-se-ia, em suma, de justificar o afastamento ou, pelo menos, exceções ao princípio do país de origem em sede de prestação de serviços da sociedade da informação.

Esta problemática punha em causa, desde logo, o princípio da subsidiariedade, pois que se o princípio do país de origem tivesse efetivamente o risco de supressão generalizada dos padrões normativos nacionais de proteção dos consumidores, então neste domínio as medidas de harmonização já adotadas acabariam por se tornar o único quadro jurídico aplicável em sede de prestação de serviços da sociedade da informação. Ou seja, os consumidores destes serviços acabariam afinal por não ter mais direitos do que aqueles garantidos pelas diretivas europeias (ainda que estas tivessem sido adotadas como medidas de harmonização mínima), uma vez que os prestadores de tais serviços estabelecer-se-iam no Estado-membro cujo ambiente jurídico fosse o mais favorável. Ambiente este que, por essa via, acabaria por coincidir com tais diretivas. Na prática, a lógica de mercado poderia retirar aos Estados-membros a liberdade de intervir nesta matéria em defesa dos consumidores, porque, mesmo que o fizessem, os consumidores

¹ Cfr. Diretiva sobre o comércio eletrónico, art. 3.º (mercado interno).

destes serviços só teriam os direitos que o prestador dos serviços teria que observar no Estado-membro de estabelecimento.

Por outro lado, a crítica ao princípio universal do país de origem poderia ceder em face da argumentação segundo a qual as medidas de harmonização, incluindo a Proposta (agora a Diretiva), seriam suficientes para proteger os consumidores deste tipo de serviços. Significa isto que seria necessário provar que os serviços da sociedade da informação apresentam especificidades próprias que justificassem medidas adequadas de proteção dos consumidores, e que o acervo comunitário, incluindo a Diretiva sobre comércio eletrónico, não seria suficiente para atender às especiais necessidades de proteção dos consumidores deste tipo de serviços. Seria necessário provar, ainda, a existência, a nível nacional, de regras de defesa dos consumidores neste domínio sem equivalente a nível da legislação europeia. Na realidade, só a especial natureza dos serviços da sociedade da informação poderia justificar limites à livre prestação de serviços no mercado europeu através de regulamentações nacionais destinadas a proteger interesses dos consumidores ainda não devidamente acautelados por medidas de harmonização. Com efeito, a exceção ao âmbito universal do princípio do país de origem traduzir-se-ia numa forma de limitação à livre prestação de serviços no mercado interno. E, sendo verdade que a proteção dos consumidores é aceite pelo Tribunal de Justiça Europeu como fundamento de justificação de tais limitações¹, a verdade é que seria necessário que as regulamentações nacionais que produzissem tais efeitos não se destinassem a acautelar interesses já protegidos pelo acervo comunitário neste domínio².

¹ A jurisprudência do TJCE reconhece aos Estados-membros o poder de imporem certas restrições a esta liberdade, na medida em que se verifiquem certos requisitos. Trata-se da famosa *rule of reason* de interpretação dos artigos do Tratado de Roma respeitantes à liberdade de prestação de serviços, elaborada em diversos *leading cases* sobre variadas atividades (cfr. *inter alia*, caso 2/74, 21.6.1974 (*Reyners*), ECR 1974, p. 631; caso 33/74, 3.12.1974, (*van Binsbergen*), ECR 1974, 1974, p. 1299; caso 279/80, 17.12.1981 (*Webb*), ECR 1981, p. 3305; caso 205/84, 4.12.1986 (*Commission v. Germany*), ECR 1986, p. 3755; caso 427/85, 25.2.1988 (*Commission v. Germany*), CMLR 1989, p. 677). Em suma, segundo a *rule of reason* do TJCE, os artigos 59 (1) e 60 (3) do Tratado têm efeito direto e requerem a abolição de toda e qualquer discriminação contra a pessoa que presta serviços, em virtude do seu Estado-membro de origem. Porém, poderá existir discriminação se aquela pessoa que se encontre a prestar temporariamente os seus serviços tiver que observar todas as condições impostas aos nacionais desse Estado-membro. De todo o modo, a especial natureza de certos serviços poderá justificar a imposição de certas restrições ao exercício da liberdade de prestação de serviços, se e na medida em que forem respeitadas as seguintes condições: a) *condição do interesse geral*, segundo a qual, as restrições deverão ser justificadas por razões imperativas de proteção do interesse geral, tais como, nomeadamente, a proteção dos consumidores e a defesa do ambiente; b) *condição da necessidade*, segundo a qual, as restrições só serão admitidas na medida em que o interesse geral não seja já salvaguardado pelas disposições às quais o prestador dos serviços esteja submetido no Estado-membro de origem (*princípio da equivalência*); c) *condição da proporcionalidade*, segundo a qual, os requisitos restritivos deverão ser objetivamente justificados de molde a que o mesmo resultado não possa ser obtido por regras menos restritivas; d) *condição da não-discriminação*, segundo a qual, as restrições deverão ser aplicadas a todas as pessoas ou empresas que operem no território do Estado-membro onde o serviço seja prestado.

² Dentro do amplo leque de possibilidades que assim se abriria, importaria proceder à interpretação de diversos instrumentos normativos europeus e nacionais em abstrato aplicáveis no domínio dos serviços da sociedade de informação. Assim, para darmos alguns exemplos, seria necessário saber em que medida é que o DL 446/85, 25.10 (cláusulas contratuais gerais, alterado pelos DLs 220/95, 31.8, e 249/99, 31.7), contém normas que reforcem a proteção do consumidor dos serviços da sociedade de informação em confronto com a Diretiva 93/13/CEE, 5.4.93 (cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores). O mesmo valeria para o Código da Publicidade (DL 330/90, 23.10, alterado pelos DL 6/95, 17.1, e DL 275/98, 9.9.98), em confronto especialmente com as Diretivas 84/450/CEE, 10.9.84 (publicidade

Além do mais, a crítica dirigida aos efeitos negativos que a aplicação universal do princípio do país de origem em sede de livre prestação de serviços da sociedade da informação poderia ter sobre os padrões normativos de proteção dos consumidores de cada Estado-membro, em termos da sua eliminação ou, pelo menos, redução, para além de pressupor a identificação de um *plus* de proteção jurídica dos consumidores de serviços da sociedade da informação no direito interno dos Estados-membros em relação ao acervo comunitário, parecia não ter em conta as cláusulas de derrogação previstas na Proposta¹ em termos de prevenir o risco de produção do referido efeito negativo.

11. A Proposta foi apresentada na sequência da Comunicação da Comissão *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*², juntando-se a outras propostas neste contexto, em especial as relativas às assinaturas digitais e à moeda eletrónica.³ Destinava-se a promover o comércio eletrónico por via da remoção dos obstáculos jurídicos existentes, os quais seriam responsáveis, *inter alia*, pela falta de confiança dos consumidores⁴.

Seguindo a proposta inicial, a Diretiva sobre o comércio eletrónico prescreve que o acesso à atividade de prestador dos serviços da sociedade da informação está sujeito ao

enganosa) e 97/55/CE, 6.10.97 (altera aquela para incluir a publicidade comparativa). Especial atenção deveria ser dada, ainda, à Diretiva 97/7/CE, 20.5.97 (contratos à distância), em vias de transposição, e também ao regime das “vendas por correspondência” (DL 272/87, 3.7 — transpõe a Diretiva 85/577/CEE, 20.12.1985 [contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais] —, alterado pelo DL 243/95, 13.9). Além disso, seria ainda necessário saber se, entre nós, os consumidores de serviços da sociedade da informação beneficiam dos direitos previstos nas normas injuntivas da nova Lei de Defesa do Consumidor (L 24/96, 31.7; v. por ex., arts. 7.º, 5, 8.º, 9.º, 5/6/7), e em que medida é que esta magna carta dos consumidores não tem equivalente no acervo comunitário. Sempre se deveria realçar, porém, que os direitos dos consumidores têm, entre nós, dignidade constitucional, integrando o catálogo de direitos fundamentais acolhidos na letra da Constituição (art. 60.º CRP). Além disso, a problemática da proteção dos consumidores está na agenda de prioridades do legislador nacional, seja no âmbito do projeto do código do consumidor, seja em especial no quadro das anunciadas medidas legislativas de defesa do consumidor no domínio do comércio eletrónico. Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, 1.9, reafirmando “a necessidade de se viabilizar e dinamizar o comércio eletrónico... num ambiente baseado na economia digital”, decidiu criar para o efeito a Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico, tendo por objetivos genéricos, *inter alia*, a definição de um quadro de base de regras harmonizadas relativas, nomeadamente, à defesa dos direitos dos consumidores (1-a/d).

¹ E retomadas pela Diretiva sobre o comércio eletrónico (art. 3.º, 4-a/i), ajuntando agora, porém, os investidores aos consumidores, o que se clarifica no preâmbulo: (cons. 27) “A presente diretiva, juntamente com a Diretiva 2000/.../CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de ..., relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, contribui para criar um enquadramento legal para a prestação de serviços financeiros em linha. A presente diretiva não prejudica futuras iniciativas no domínio dos serviços financeiros, em especial no que diz respeito à harmonização das regras de conduta neste domínio. *A faculdade conferida pela presente diretiva aos Estados-Membros de em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.*” (*itálico nosso*).

² COM(97) 157 final, 16.4.1997.

³ Respetivamente: COM(98) 461 final, 21.09.1998; COM(98) 297 final, 13.05.1998.

⁴ Para o efeito, propunha-se regular cinco aspetos jurídicos do comércio eletrónico: o local de estabelecimento dos prestadores de serviços da sociedade da informação, a comunicação comercial (publicidade, marketing direto, etc.), a celebração de contratos por via eletrónica (requisitos de forma, local de celebração), a responsabilidade dos prestadores de serviços em linha no que se refere à transmissão e à armazenagem de informações pertencentes a terceiros (“responsabilidade dos intermediários”), e a aplicação das regulamentações (elaboração de códigos de conduta comunitários, obrigação de instituição de um sistema de recurso jurídico rápido e eficaz adaptado ao ambiente em linha).

princípio de não autorização prévia (art. 4.º, 1)¹. Depois, apesar de o estabelecimento não estar sujeito a autorização prévia, compete ao Estado-membro, em cujo território um prestador de serviços da sociedade da informação esteja estabelecido, exercer a supervisão prudencial relativamente ao cumprimento das exigências do “domínio coordenado” estabelecidas pela diretiva; por outro lado, os restantes Estados-membros não poderão, em princípio, restringir a livre prestação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro por razões que se prendem com o domínio coordenado da diretiva, cujo controlo pertencerá exclusivamente, portanto, ao “país de origem” (art. 3.º, 1 a 3)².

Deste modo, parece que a proteção dos consumidores dos serviços da sociedade da informação ficará limitada ao “domínio coordenado” da proposta de diretiva, cujo controlo caberá exclusivamente ao Estado-membro de estabelecimento., mas, será esse “domínio coordenado” informado por razões de política de tutela dos consumidores? Isto é, a proteção dos consumidores no comércio eletrónico será um dos objetivos da Diretiva? E sendo-o, em que termos?

No considerando 6 da Proposta escrevia-se que “a diretiva deve assegurar um alto nível de proteção dos objetivos de interesse geral, em especial a defesa do consumidor.”³ A

¹ O prestador de serviços da sociedade da informação considera-se estabelecido no Estado-membro em que exerça, de forma efetiva, uma atividade económica através de uma instalação estável, por um período indefinido, independentemente da presença e da utilização de meios técnicos e de tecnologias para prestar o serviço. Esta determinação do local de estabelecimento é feita de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, esclarecendo-se que: 1. quando se tratar de uma sociedade fornecedora de serviços através de um sítio Internet, o local de estabelecimento não será aquele onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que o mesmo é acessível; 2. quando um prestador estiver estabelecido em mais de um Estado-membro, a jurisdição competente será a do Estado-membro em cujo território o prestador tiver o seu centro de atividades, sendo previstos mecanismos de cooperação entre os Estados-membros e a convocação urgente do Comité Consultivo para determinar o Estado-membro de estabelecimento em caso de dificuldades. Nos termos da Diretiva sobre o comércio eletrónico: “(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas atividades relacionadas com esse serviço específico.”

² Em ambos os casos são excecionados os domínios previstos no anexo, como sejam, nomeadamente, os domínios relativos aos direitos de propriedade intelectual, à emissão de moeda eletrónica, às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e à autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico.

³ Além disso, mais explicitamente, o ponto 7 da abordagem adotada (Capítulo IV da Exposição de Motivos) tem justamente por título “Garantir um elevado nível de defesa do consumidor”. Nele se pode ler (p. 18), que a diretiva (proposta) prevê “uma série de medidas que irão reforçar a defesa do consumidor e aumentar a sua confiança nos novos serviços existentes na Europa. Em particular, a diretiva vai: - *reduzir os riscos de atividades ilegais* na Internet, prevendo um controlo efetivo das autoridades nacionais, diretamente exercido na fonte das atividades (no Estado-membro em que estiver estabelecida a empresa em questão) e determinando a responsabilização das referidas autoridades no que se refere à sua obrigação de assegurarem uma proteção do interesse geral não só no interior das suas fronteiras, mas também no conjunto da Comunidade e a bem dos cidadãos dos outros Estados-membros; - impor obrigações de *informação e transparência* aos operadores, obrigações que são indispensáveis para que o consumidor possa tomar

Proposta era pois informada por uma preocupação de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores, prosseguindo tal objetivo através das regras específicas nela contidas, as quais acresceriam ao acervo comunitário em matéria de proteção do consumidor aplicável aos serviços da sociedade da informação, sendo de destacar as Diretivas Cláusulas Abusivas (93/13CEE), Contratos à Distância (97/7/CE), Publicidade Enganosa e Comparativa (84/450/CEE e 97/55/CE), Viagens Organizadas (90/314/CEE), Crédito ao Consumo (87/102CEE, com a redação da 98/7/CE), Indicação de Preços (98/6/CE)¹².

decisões esclarecidas; - prever algumas garantias novas nas *relações contratuais* e, especialmente, a obrigação de colocar à disposição dos utilizadores meios que permitam corrigir erros de manipulação, a clarificação do momento de celebração em linha de um contrato e a necessidade de o prestador enviar um aviso de receção; - assegurar melhores *meios de recurso*, promovendo a elaboração de códigos de conduta, tornando possível a utilização em linha de mecanismos extrajudiciais de resolução de diferendos (conciliações, arbitragem), facilitando a existência de recursos jurisdicionais eficazes e rápidos e estabelecendo pontos de contacto nos Estados-membros, encarregados de prestar assistência aos consumidores. / Além do mais, a diretiva deixa aos Estados-membros a possibilidade de, por razões de defesa do consumidor e sob certas condições, tomarem medidas que restrinjam a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, nomeadamente no domínio dos contratos com os consumidores. / Convém assinalar que os critérios da Convenção de Roma relativa à lei aplicável às obrigações contratuais, que permitem a aplicação de um regime derogatório a favor do consumidor, serão preenchidos, por exemplo, no caso de a celebração do contrato ter sido precedida, no país do consumidor, de uma proposta especialmente feita através do envio de uma mensagem eletrónica e se o consumidor tiver realizado, no seu país, os atos necessários à celebração do contrato. / Por último, atendendo à *rapidez* e ao *alcance* geográfico dos danos que as atividades ilícitas na Internet podem causar, é desejável que os Estados-membros permitam que o ato que estiver na origem do recurso a uma jurisdição nacional seja transmitido pelas vias eletrónicas e redigido numa língua comunitária diferente da do Estado-membro da jurisdição.”

¹ A estas medidas acresceriam outras adotadas não a propósito da proteção do consumidor, mas antes, em termos mais gerais, da saúde pública (Publicidade a Medicamentos e Tabaco: 92/28/CEE, 98/43/CE).

² Na perspetiva do BEUC, porém, a Proposta não seria sustentada por uma estratégia que assegurasse aos consumidores os benefícios potenciais do comércio eletrónico, e ao mesmo tempo elevados padrões de marketing, condutas comerciais e proteção dos consumidores. Nesta abordagem, orientada por uma estratégia de política do consumidor na regulamentação do comércio eletrónico, dever-se-ia evitar a redução dos padrões de proteção do consumidor, redução essa possível e provável em razão da existência de importantes diferenças de nível e de forma dentro da União Europeia. De igual modo, deveriam ser criadas regras e padrões comuns elevados, utilizando todos os meios disponíveis apropriados, abrangendo regras legais e voluntárias devidamente coordenadas. Dever-se-ia, ainda, ser capaz de responder aos novos desafios e problemas resultantes de mudanças dos métodos de marketing em conjunto com o desenvolvimento do comércio eletrónico. Por último, deveriam ser procuradas soluções apropriadas para a União Europeia e capazes de enfrentar o desafio global.

De facto, apesar de apoiar algumas das suas soluções, o BEUC pronunciou-se no sentido de que a Proposta não iria providenciar uma estratégia coerente e integrada para lidar com os complexos desafios e os potenciais benefícios e problemas do comércio eletrónico. Em suma, são as seguintes as críticas do BEUC: 1.º o âmbito universal do princípio do país de origem, em virtude da inexistência de um nível de harmonização mais elevado em matéria de proteção dos consumidores (por ex., no que respeita à publicidade dirigida a menores); 2.º a falta de clareza relativamente ao âmbito da Proposta, que parece ter precedência sobre níveis mais elevados de proteção estabelecidos pelos Estados-membros no quadro da legislação europeia de harmonização mínima (por ex., em matéria de publicidade enganosa, contratos à distância, crédito ao consumo, cláusulas abusivas, viagens organizadas, time-sharing, etc.); 3.º a inexistência de um quadro legal que integre e garanta a eficácia da autorregulação da indústria (por ex., códigos de conduta); 4.º a inadequação do princípio do país de origem para proteger os consumidores europeus numa abordagem global do comércio eletrónico; 5.º a concorrência a que a Proposta conduz entre legislações de mais baixos níveis de proteção dos consumidores como instrumento de promoção do estabelecimento dos prestadores de serviços da sociedade da informação; 6.º por último, o facto de a Proposta não ter em conta as mudanças dos métodos de marketing, sendo de destacar o facto de a distinção dos media tradicionais entre publicidade e conteúdo editorial poder ser eliminada no comércio eletrónico em razão das tecnologias cada vez mais sofisticadas de processamento de dados e de personalização

Porém, na versão inicial, o art. 1.º, 3, previa que a diretiva completaria o direito aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível existente de proteção da saúde pública e do consumidor, estabelecido pelos instrumentos comunitários, incluindo os que foram adotados para efeitos do funcionamento do mercado interno. Parecia assim que a proposta trazia uma harmonização completa do direito dos consumidores aplicável aos serviços da sociedade da informação, limitando a liberdade de os Estados-membros praticarem níveis de proteção superiores aos do acervo comunitário. Todavia, não seguimos esta interpretação.¹ Com efeito, o propósito, exposto no plano dos motivos, de garantir uma elevada proteção dos consumidores analisava-se ainda, por outro lado, na delimitação do âmbito de aplicação da diretiva proposta. Desde logo, este era limitado à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre Estados-membros (art. 1.º, 1)²; além disso, assumia especial relevo o Capítulo IV relativo

interativa de mensagens. Ora, para superar estas insuficiências da Proposta de Diretiva, o BEUC propôs que lhe fossem introduzidas duas alterações consonantes com os pontos fundamentais da estratégia delineada.

Em primeiro lugar, a imposição universal do princípio do país de origem no domínio do comércio eletrónico deveria ser suprimido da Diretiva (art. 3.º). Em sua substituição introduzir-se-ia uma norma prevendo o desenvolvimento de critérios para definir em que casos se aplicaria o princípio do país de origem ou antes o princípio do país de destinação. O procedimento para estabelecer estes critérios deveria ser decidido em conjunto com o Comité Consultivo da Comissão (art. 23.º). Esta proposta de alteração assenta no ponto 2. da estratégia que consiste em desenvolver princípios para determinar as regras que têm que ser observadas em matéria de marketing. Tais princípios permitiriam determinar em que casos deveria ser aplicada a lei do país de origem ou antes a lei do país de destinação; sendo que na sua formulação deveriam ser tidos em conta, entre outros, fatores como: a) a especificidade dos mercados visados, sujeitando-se os prestadores destes serviços a regras específicas consoante os respetivos mercados; b) a especificidade dos consumidores visados, podendo aplicar-se regimes diferentes, por exemplo, no marketing dirigido a crianças; c) a existência de regras harmonizadas ou códigos de conduta; d) diferentes expectativas dos consumidores. Em segundo lugar, sustentava-se que a futura Diretiva deveria prever uma obrigação de os prestadores de serviços atuarem lealmente e de cumprirem os mais elevados padrões de proteção, particularmente no que respeita ao marketing dirigido às crianças. Em abono desta alteração defende-se que a consagração de um tal princípio geral de “concorrência leal” forneceria o quadro básico para o desenvolvimento de regras detalhadas (por ex., códigos de conduta) a ser aplicadas a diferentes práticas de marketing. Depois, tal como para a primeira alteração, o procedimento de estabelecer estas regras detalhadas (códigos de conduta) bem como o papel que lhes é atribuído deveria ser decidido em conjunto com o Comité Consultivo da Comissão. Esta segunda alteração visa dar satisfação ao ponto 1. da estratégia nos termos do qual seria necessário elaborar elevados padrões comuns (harmonizados) de marketing para as transações do comércio eletrónico. Tal incluiria normas legais harmonizadas, algumas específicas outras formulando princípios mais gerais. De igual modo, defende-se que os códigos de conduta poderiam jogar um papel importante na criação de padrões comuns, mas apenas se estivessem ligados ao quadro legal. Dentro das várias maneiras pelas quais os códigos de conduta poderiam estar ligados a um quadro legal básico, aponta-se a introdução de uma cláusula geral de utilizar práticas leais de marketing, através de uma alteração à Diretiva Publicidade Enganosa ou incluindo uma norma específica na Proposta. A obrigação de marketing leal considerar-se-ia cumprida através da adesão, em certas circunstâncias, a um código de conduta.

Assim, a posição inicial do BEUC atingia a Proposta de Diretiva em dois aspetos distintos de acordo com os pontos fundamentais da estratégia delineada. Por um lado, sustenta o desenvolvimento de elevados padrões comuns de marketing, utilizando um misto de normas legais vinculantes e de códigos de conduta (“soft law”) ligados às regras legais através de uma obrigação geral de práticas leais de marketing. Por outro lado, defende uma abordagem dinâmica e atenta às especificidades de diferentes grupos de casos na questão do princípio do país de origem ou antes do princípio do país de destinação. Cfr. *Electronic Commerce - the Commission's proposal for a directive*, BEUC/033/99, 19.02.1999

¹ Cfr. o nosso *Comércio eletrónico*, cit., p. 63 ss.

² Significando isto que não se aplicava aos serviços provenientes de prestadores de serviços estabelecidos em países terceiros, que ficariam sujeitos ao controlo do país de destinação, se bem que se considerasse que, dada a dimensão mundial do comércio eletrónico, deveria ser garantida a coerência do

às exclusões do âmbito de aplicação e derrogações, que se justificariam em virtude do vasto âmbito de aplicação da diretiva e da necessidade de garantir um certo grau de flexibilidade e de margem de manobra na sua implementação.

Assim, por um lado, o art. 22.º, 1, afastava expressamente do âmbito de aplicação da diretiva, entre outros, as atividades de serviços da sociedade da informação enunciadas no Anexo I, isto é, as atividades de notariado, representação e defesa de um cliente em tribunal, e as atividades de jogos a dinheiro, exceto as efetuadas para fins de comunicação comercial. A exclusão destas atividades ficar-se-ia a dever ao facto de não ser possível garantir a livre prestação dos serviços entre Estados-membros em razão da ausência de reconhecimento mútuo ou de harmonização suficiente para assegurar um nível de proteção equivalente dos objetivos de interesse geral.

Por outro lado, era afastado expressamente em determinados grupos de casos o princípio do país de origem através da chamada derrogação à “clausula mercado interno”. Com efeito, dispunha o art. 22.º, 2, que o art. 3.º (princípio do país de origem) não se aplicaria aos domínios enunciados no Anexo II, como sejam, nomeadamente, as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e a comunicação não solicitada por correio eletrónico ou por uma comunicação individual equivalente. Nestes domínios, para além da supervisão prudencial a que os prestadores de serviços da sociedade da informação estariam sujeitos no Estado-membro de estabelecimento (país de origem), caberia ainda aos Estados-membros de destinação (país de receção) exercer o controlo adicional da atividade dos prestadores destes serviços¹. Pelo que, nestes domínios, não seria justificado o receio manifestado de redução dos padrões normativos de proteção dos consumidores, visto estarem expressamente excluídos do princípio do país de origem.

Em terceiro lugar, eram ainda previstas derrogações à livre prestação de serviços em casos específicos. O art. 22.º, 3, permitia às autoridades competentes dos Estados-membros a adoção, em conformidade com o direito comunitário, de medidas que visassem restringir a livre circulação de um serviço da sociedade da informação, medidas essas que seriam consideradas incompatíveis com o n.º 2 do art. 3.º². Não obstante, a adoção de medidas no exercício da faculdade concedida por estas derrogações não seria livre, antes sendo vinculada à “conformidade com direito comunitário”. Para o efeito, a adoção destas medidas restritivas ficaria sujeita a um quadro regulamentar de condições (art. 22.º, 3)³. Este terceiro grupo de derrogações suscitava algumas dúvidas quanto ao

quadro comunitário com o quadro internacional, em termos de não interferir, nomeadamente, com os resultados das discussões em curso nas organizações internacionais (OMC, OCDE, CNUDCI).

¹ Para justificar essa derrogação aduzia-se claramente que certas matérias específicas não poderiam beneficiar do país de origem em razão de impossibilidade de aplicar o princípio de reconhecimento mútuo resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça em sede de princípios de livre circulação previstos no Tratado (1), ou de ausência de harmonização suficiente capaz de garantir um nível de proteção equivalente nos Estados-membros nos casos em que não fosse possível o reconhecimento mútuo (2), ou de disposições de diretivas existentes claramente incompatíveis com o princípio do país de origem em virtude de preverem explicitamente a realização do controlo no país de origem (3).

² Esta norma, como vimos, proíbe aos Estados-membros restringirem a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro por razões que se prendem com o domínio coordenado da diretiva.

³ Primeiro, as medidas deveriam ser justificadas por uma das razões enunciadas, entre as quais se conta a defesa do consumidor a par com a segurança pública, a proteção da saúde e a ordem pública, em especial

seu sentido e alcance. A defesa do consumidor era apontada como uma das razões justificativas da necessidade de adoção pelos Estados-membros de medidas restritivas, ainda que a título cautelar, à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre eles, nos referidos termos. Contudo, a norma parecia admitir dois sentidos interpretativos com resultados divergentes em sede de resposta ao pedido. Por um lado, parece que cada Estado-membro poderia controlar o respeito pelas suas leis de proteção dos consumidores em relação aos prestadores de serviços da sociedade da informação recebidos no seu território. Ora, se assim fosse, as críticas das organizações dos consumidores quanto aos efeitos negativos do âmbito universal do país de origem seriam infundadas, porquanto, em última análise, a proposta teria reservado a cada Estado-membro a observância pelos seus padrões normativos de proteção dos consumidores. Pelo que não seria necessário proceder à análise das legislações dos Estados-membros em matéria de consumo em relação a domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima, uma vez que se efetivamente o problema se viesse a colocar em concreto, sempre competiria às autoridades competentes de cada Estado-membro invocar a derrogação constante do art. 22.º, 3, em ordem a proteger os consumidores no seu território de acordo com as suas leis.

Porém, esta derrogação não se aplicava a todo o art. 3.º, mas apenas ao art. 3.º, 2, nos termos do qual nenhum Estado-membro poderia, por razões que se prendessem com o domínio coordenado da diretiva proposta, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro. Parece assim que as medidas restritivas adotadas por um Estado-membro em razão da necessidade de defesa do consumidor destes serviços deveriam integrar o domínio coordenado da diretiva

a proteção de menores ou a luta contra a instigação ao ódio com base na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade. Segundo, para além de necessárias por alguma destas razões, tais medidas deveriam ser tomadas relativamente a um serviço da sociedade da informação que lesasse aqueles objetivos (ordem pública, proteção do consumidor, proteção da saúde, etc.) ou que comportasse um risco sério e grave para a prossecução desses objetivos. Terceiro, tais medidas deveriam ainda ser proporcionais às razões que justificam a sua adoção. Para além destas condições relativas às características da medida restritiva (necessidade, adequação, proporcionalidade), eram ainda estabelecidas condições quanto ao comportamento do Estado-membro que as adotasse. Na verdade, previa-se que, antes da adoção de tais medidas, o Estado-membro de receção (país de destinação) deveria solicitar ao Estado-membro de estabelecimento do prestador de serviços (país de origem) a adoção de medidas, sem que este as tenha tomado ou que o tenha feito em termos insuficientes; o Estado-membro de receção deveria ainda notificar a Comissão e o Estado-membro de estabelecimento da sua intenção de tomar tais medidas. Não obstante, em vista da rapidez dos prejuízos e danos eventualmente sofridos, era facultado aos Estados-membros a instituição de um procedimento cautelar nas suas legislações, nos termos do qual, em caso de urgência, as referidas condições de solicitação e notificação não se aplicariam, se bem que as medidas adotadas devessem ser comunicadas à Comissão e ao Estado-membro de estabelecimento do prestador de serviços com a maior celeridade possível, aduzindo as razões justificativas da situação de urgência. Por último, as derrogações à livre prestação de serviços nestes casos específicos estariam sujeitas a um procedimento de vigilância por parte da Comissão, a qual poderia deliberar sobre a compatibilidade das medidas restritivas com o direito comunitário, devendo o Estado-membro, em caso de decisão negativa, abster-se de tomar as medidas previstas ou pôr termo urgentemente às medidas já tomadas nos termos do procedimento cautelar. Em comentário à norma, esclarecia-se que, no exercício dos poderes deste procedimento de vigilância ou controlo, a abordagem da Comissão deveria ser flexível, destinando-se sobretudo a evitar casos de restrições disfarçadas ou desproporcionadas à livre prestação dos serviços não justificadas pela proteção de interesses essenciais da sociedade em cada Estado-membro. Como exemplo de uma medida restritiva considerada necessária e proporcional à proteção de um interesse essencial da sociedade apontava-se uma proibição de receção num Estado-membro de mensagens racistas.

proposta¹. Ora, justamente, poder-se-ia objetar a que a legislação nacional dos Estados-membros em matéria de direitos dos consumidores integraria esse domínio coordenado, estando o problema então em saber quais as disposições nacionais que decorreriam do domínio coordenado, para determinar assim se a proteção do consumidor integraria este domínio². Pelo que, em suma, se fosse de considerar que o domínio coordenado não abrangia a legislação nacional dos direitos dos consumidores, então já as críticas teriam o fundamento.

12. Em nossa opinião, o domínio coordenado abrangia (e abrange) os direitos dos consumidores³, devendo nessa medida o Estado-membro de estabelecimento assegurar que os serviços da sociedade da informação fornecidos por um prestador estabelecido no seu território respeitassem as suas legislações em matéria de direito dos consumidores (art. 3.º, 1). Este controlo prudencial exercido pelo Estado-membro de estabelecimento tornaria dispensável, em princípio, o controlo adicional pelo país de destinação, o qual não poderia mesmo, em princípio, por razões que se prendessem com o domínio coordenado da diretiva proposta, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro (art. 3.º, 2). Todavia, em derrogação a este princípio, o art. 22.º, 3, permitia que, em certos termos, os Estados-membros de destinação (país de receção) adotassem medidas restritivas a essa liberdade por razões, nomeadamente, de defesa do consumidor. Este controlo adicional destinava-se a garantir a observância de direitos dos consumidores, fossem esses direitos garantidos por medidas de harmonização, fossem esses direitos instituídos pelo próprio Estado-membro em matérias não harmonizadas ou em reforço de harmonização mínima. A referência feita na proposta ao acervo comunitário (às medidas de harmonização em sede do consumo) não teria portanto um carácter limitador, mas antes uma natureza de garantia mínima. Ou seja, este controlo adicional poderia ser exercido para que fossem observadas, ao menos, essas regras de proteção dos consumidores já harmonizadas a nível comunitário., mas tal não significaria que o Estado-membro de receção não pudesse controlar também o respeito pela sua legislação do consumo nos termos referidos. Por outras palavras, mesmo que o país de origem observasse todo o direito europeu do consumo, mesmo assim o país de receção ainda poderia, em razão da defesa do consumidor, controlar a observância no seu território do seu direito dos consumidores.⁴

¹ Isto é, o Estado-membro, atuando no exercício da faculdade concedida pelo art. 22.º, 3, só poderia restringir a livre prestação de serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro em relação a exigências aplicáveis aos prestadores destes serviços e a esses mesmos serviços, como era definido o “domínio integrado” (art. 2.º-f).

² Isso resultaria também da anotação à alínea f) do art. 2.º: esta definição permitia determinar as regulamentações nacionais cujo respeito deveria ser garantido pelos Estados-membros por força do art. 3.º, entendendo-se que abrangia todas as exigências que pudessem impor-se a um operador atuando como prestador de serviços da sociedade da informação ou aos serviços da sociedade da informação.

³ Cfr. o nosso *Comércio eletrónico*, cit., p. 71.

⁴ Em suma, o domínio coordenado abrangia uma série de matérias cujas disposições nacionais seriam aplicáveis e controláveis pelo Estado-membro de estabelecimento. Além disso, ficava reservado aos Estados-membros de receção o controlo adicional das suas legislações em certas matérias que integram esse domínio coordenado, entre elas se contando a defesa do consumidor, a par, *inter alia*, com razões de ordem pública. Este controlo adicional poderia traduzir-se em medidas restritivas à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre os Estados-membros, sendo a própria proposta que previa tal

Todavia, a adoção destas medidas restritivas da liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu ficaria, porém, exceto em casos de urgência, sujeita a um procedimento especial de cooperação e notificação entre os Estados-membros, bem como ao procedimento de vigilância ou controlo por parte da Comissão, que poderia deliberar sobre a compatibilidade das medidas com o direito comunitário (art. 22.º, 3-d). Ora, este controlo da compatibilidade das medidas restritivas adotadas pelo Estado-membro de receção no exercício dos seus poderes supervisão adicional com o direito comunitário não se destinaria a verificar a observância do direito comunitário derivado em matéria de direito dos consumidores, mas antes, em nossa opinião, a sua conformidade com os critérios de adoção de medidas restritivas à livre prestação de serviços no mercado europeu. Tratar-se-ia, portanto, de controlar, em concreto, se, a propósito da defesa dos consumidores, não se estaria a introduzir restrições a esta liberdade fundamental do mercado interno, por não serem necessárias, adequadas ou proporcionais à defesa efetiva dos direitos dos consumidores.

Não obstante, parecia que os padrões normativos de cada Estado-membro em sede de defesa dos consumidores, no domínio da prestação de serviços da sociedade da informação, ficaria sujeito ao controlo da Comissão, a quem competiria pronunciar-se sobre a conformidade de tais medidas com o direito comunitário, devendo o Estado-membro, em caso de decisão negativa, abster-se de tomar tais medidas ou pôr termo urgentemente às medidas já tomadas. Neste sentido, importaria saber se a Comissão seria de opinião de que o direito comunitário derivado em matéria de defesa dos consumidores oferecia um nível de proteção suficientemente elevado, de acordo com o objetivo exposto na proposta. Considerando que a Resolução de 3 de novembro de 1998 do Conselho de Ministros sobre a dimensão consumerista da sociedade da informação salientou que a defesa dos consumidores merecia uma proteção especial no quadro desta sociedade, a Comissão propõe-se estudar os termos em que as regras de defesa do consumidor existentes fornecem uma proteção adequada no que diz respeito à sociedade da informação, identificando as possíveis lacunas dessa legislação e os aspetos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais, e devendo, se for caso disso, apresentar propostas específicas adicionais com vista a colmatar as lacunas assim identificadas (cons. 23). Ora, isto era, a nosso ver, o reconhecimento claro de que a Comissão não defendia que as diversas diretivas em matéria de direitos dos consumidores definem completamente o quadro jurídico aplicável ao nível dos serviços da sociedade da informação¹.

possibilidade, limitando o âmbito universal do princípio do país de origem. Nestes termos, sendo objetivo da proposta garantir um elevado nível de defesa dos consumidores, tal justificaria não apenas a consagração de especiais medidas destinadas a acautelar os interesses dos consumidores no comércio eletrónico, mas também a introdução de uma cláusula de derrogação que permitisse aos Estados-membros, por razões, *inter alia*, de defesa dos consumidores, restringir a livre prestação de serviços da sociedade da informação provenientes de outros Estados-membros, quer por não terem sido observadas regras harmonizadas em matéria de direito dos consumidores quer por não respeitarem as legislações nacionais neste domínio.

¹ Na realidade, se a Comissão já tivesse estudado os termos em que as regras de defesa do consumidor existentes fornecem uma proteção adequada relativamente à sociedade da informação, então seria sustentável que o controlo da conformidade ao direito comunitário das medidas restritivas adotadas pelos Estados-membros fosse limitado às regras de harmonizações já existentes. Porém, reconhece-se claramente que esse estudo ainda não foi feito, sendo isso mesmo que justifica a cláusula de derrogações específicas

Note-se, em todo o caso, que o direito dos consumidores é um direito marcadamente económico¹, constituindo domínio extremamente sensível às exigências normativas do mercado europeu, nomeadamente à liberdade de circulação de mercadorias e de prestação de serviços. Isto significa que, ao contrário de domínios não diretamente relacionados com o funcionamento do mercado interno, o grau de liberdade política deixada aos Estados-membros é reduzido, pois que a adoção de regras neste domínio ficará sempre sujeita ao direito económico europeu. A inexistência de harmonização completa do direito dos consumidores de serviços da sociedade da informação justifica que os Estados-membros possam adotar regras diferentes. Nessa medida, tais regras poderão traduzir-se em restrições à liberdade de prestação de serviços. Porém, deverão estar em conformidade com o direito comunitário, no sentido de serem necessárias, adequadas e proporcionais ao objetivo de defesa dos consumidores. Este controlo de conformidade ao direito comunitário, que sempre existiria, é, neste grupo de derrogações, reforçado, no sentido de prever um procedimento de cooperação entre os Estados-membros e de sujeitar tais medidas a um controlo especial por parte da Comissão. Tal procedimento de cooperação e de controlo administrativo prévio justificar-se-á em razão de se tratar de um domínio que, apesar de a Comissão não considerar que a harmonização é completamente suficiente, tem sido objeto de diversas medidas de harmonização. Nessa medida, a conformidade ao direito comunitário ficará, neste domínio, sujeita a um “controlo apertado”, não para retirar aos Estados-membros a liberdade de praticarem padrões normativos de proteção dos consumidores mais elevados que as medidas de harmonização, mas antes para evitar que tais padrões se traduzam em restrições disfarçadas ou desproporcionadas à livre prestação destes serviços, tendo em conta o elevado nível de proteção já garantido pelas diretivas adotadas e pela Proposta de Diretiva ela mesma.

Em suma, segundo a nossa interpretação, a Proposta limitava-se a estabelecer um procedimento de cooperação e controlo prévio da conformidade ao direito comunitário de medidas nacionais restritivas da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado europeu, não se tratando de fixar o direito comunitário derivado do consumo como padrão suficiente e único em matéria de serviços da sociedade da informação, tanto mais que não se concluiu ainda pela sua suficiência e adequação, propondo-se estudá-lo no futuro com vista à apresentação de propostas integradoras de lacunas eventualmente identificáveis nesse estudo a realizar.

13. Ora, se a redação da proposta inicial se prestava a dúvidas quanto ao sentido e alcance do princípio do país de origem e sua relação com o direito dos consumidores no

(art. 22.º, 2). Por outras palavras, admite-se a existência de lacunas neste domínio, para cuja integração poderiam ser propostas medidas específicas adicionais. Contudo, enquanto tal não sucedesse, permite-se aos Estados-membros a adoção de medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação em razão da necessidade de defesa do consumidor. Tratar-se-ia de regras nacionais adotadas em domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima, mas que poderiam ser objeto, no futuro, de harmonização completa. Enquanto tal não suceder, poderão os Estados-membros aplicar as suas regras de defesa do consumidor a estes serviços, na medida em que não contrariem o direito comunitário, e nos termos referidos do procedimento de cooperação e controlo.

¹ Acompanhamos sumariamente a argumentação que expusemos em *Comércio eletrónico na sociedade da informação, cit.*, p. 77.

que respeita ao “domínio coordenado”, a Diretiva sobre o comércio eletrônico, na versão final, clarificou a questão no sentido da interpretação que sustentamos. Na verdade, ao invés de se propor “completar” o direito aplicável aos serviços da sociedade da informação, a Diretiva dispõe expressamente que “é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, *sem prejuízo do nível de proteção*, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, *tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.*” (art. 1.º, 3). Depois, mantém a derrogação ao princípio do país de origem para certas matérias de direito dos consumidores como as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores (art. 3.º, 3, e Anexo)¹ e, além disso, prevê a possibilidade de os Estados-membros tomarem medidas derrogatórias em relação a determinado serviço da sociedade da informação em razão da proteção, *inter alia*, dos consumidores, nos termos do procedimento de notificação e cooperação já constante da proposta (art. 3.º, 4 a 6)².

Neste sentido, parece-nos seguro que os Estados-membros poderão manter e adotar medidas de proteção dos consumidores em domínios não cobertos por medidas de

¹ A este respeito é de referir que a Diretiva sobre o comércio eletrônico não afeta a legislação aplicável às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, não podendo portanto ter como resultado privar o consumidor da proteção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual (cons. 55). Considera-se ainda que as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores devem ser interpretadas como abrangendo as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar (cons. 56).

² Artigo 3.º (Mercado interno): 1. Cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado. 2. Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. 3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam aos domínios a que se refere o anexo. 4. Os Estados-Membros podem tomar medidas derrogatórias do n.º 2 em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições: a) As medidas devem ser: i) Necessárias por uma das seguintes razões: - defesa da ordem pública, em especial prevenção, investigação, deteção e incriminação de delitos penais, incluindo a proteção de menores e a luta contra o incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, e contra as violações da dignidade humana de pessoas individuais, - proteção da saúde pública, - segurança pública, incluindo a salvaguarda da segurança e da defesa nacionais, - defesa dos consumidores, incluindo os investidores; ii) Tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese os objetivos referidos na subalínea i), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objetivos; iii) Proporcionais a esses objetivos; b) Previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os atos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve: - ter solicitado ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas, - ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 a sua intenção de tomar tais medidas. 5. Os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derrogar às condições previstas na alínea b) do n.º 4. Nesse caso, as medidas devem ser notificadas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência. 6. Sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, a Comissão analisará, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário; se concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão solicitará ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.

harmonização ou sujeitos apenas a harmonização mínima, na medida em que não se traduzam em restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno¹. Por outras palavras, o nível de defesa dos consumidores a praticar por cada Estado-membro não será limitado pelo direito comunitário derivado do consumo, incluindo as especiais medidas de proteção constantes da Diretiva, mas antes pelo direito económico europeu, em especial a liberdade de prestação de serviços tal como entendida pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça. Aliás, a este Tribunal competirá resolver os litígios entre a Comissão e os Estados-membros no caso de estes pretenderem aplicar aos serviços da sociedade da informação medidas de proteção dos consumidores que no entender da Comissão não sejam necessárias, adequadas ou proporcionais ao objetivo de defesa do consumidor, não obstante cumpridos os termos do procedimento de notificação e cooperação. Caberá ao Tribunal, em última análise, decidir se a medida do Estado-membro é contrária ou não à liberdade de prestação de serviços no mercado interno.

Por outro lado, como se pode ler no preâmbulo, a fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente diretiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspetos legais do comércio eletrónico no mercado interno (7). Todavia, de acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente diretiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objetivo do correto funcionamento do mercado interno, embora vise assegurar um alto nível de proteção dos objetivos de interesse geral, em especial a proteção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a proteção da saúde pública (10). Este “alto nível de proteção” acresce a medidas do acervo comunitário, pois que se considera que a diretiva não prejudica o nível de proteção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários; nomeadamente a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância constituem um elemento essencial da proteção do consumidor em matéria contratual, aplicando-se estas diretivas “igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação”, sendo a diretiva sobre comércio eletrónico “complementar dos requisitos de informação fixados nas diretivas citadas, e em especial na Diretiva 97/7/CE” (11)².

¹ Tanto mais que se mantém o entendimento de que a Comissão ainda não sabe quais são as áreas em que serão necessárias medidas especiais de proteção dos consumidores, no domínio do acervo comunitário de proteção dos consumidores. Como se dá conta no preâmbulo, à semelhança da proposta inicial: “O Conselho de Ministros, na sua resolução, de 19 de janeiro de 1999, sobre os aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação, salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. A Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma proteção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis lacunas dessa legislação e os aspetos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais. Se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas” (cons. 65). Veja-se também o art. 21.º sobre as matérias a tratar pelo relatório da Comissão.

² Acrescenta-se que fazem igualmente parte desse acervo a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Diretiva 93/22/CEE do Conselho,

14. A Diretiva sobre comércio eletrónico¹ regulou alguns aspetos dos contratos eletrónicos. Com efeito, considerando que o efeito legal das assinaturas eletrónicas é objeto da Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas eletrónicas², prevê-se

de 10 de maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Diretiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspetos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, a Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Diretiva 2000/.../CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de ..., relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano. A presente diretiva deve ser aplicável sem prejuízo do disposto na Diretiva 98/4 3/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, que foi adotada no âmbito do mercado interno, e nas diretivas relativas à proteção da saúde pública.

Porém, como já referimos, a Diretiva não esclarece se todas estas medidas são aplicáveis aos serviços da sociedade da informação, limitando-se a remeter para algumas delas, como é o caso da futura Diretiva sobre serviços financeiros e da Diretiva sobre acções inibitórias. Quanto à primeira, considera-se, inclusivamente, que “a faculdade conferida pela presente diretiva aos Estados-Membros de em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores” (cons. 27). Quanto à segunda, considera também expressamente que a Diretiva 98/27/CE “é aplicável aos serviços da sociedade da informação”, prevendo um mecanismo para as ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses coletivos dos consumidores, o qual contribuirá para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, ao assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores (cons. 53).

¹ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

² O crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio eletrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI (sobre esta matéria veja-se, mais recentemente, Zagami, DII 1996, p. 151; Finocchiaro, CI 1998, p. 956; Schumacher, CR 1998, p. 758; Caprioli, JCP 1998, p. 583; Rossnagel, NJW 1999, p. 1591; Symposium, JC&IL 1999, p. 721). Em vista disso, desenvolveram-se esforços internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio eletrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos. Alguns países reconheceram a validade do documento eletrónico e da assinatura digital, no sistema de assinatura de chave pública (veja-se, especialmente, a UTAH *Digital Signature Act*, 1996, em Itália a L. n.º 59-97, art. 15, 11.3.1997, na Alemanha a *Signaturverordnung – SigV*, Art. 11 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG*, 1.8.1997). No plano internacional, foi aprovada nas Nações Unidas a Lei Modelo sobre Comércio Eletrónico em dezembro de 1996 (*vide Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 - with additional article 5 bis as adopted in 1998*). Mais recentemente, a nível comunitário, foi adotada a Diretiva sobre as Assinaturas Eletrónicas (Diretiva 1993/93/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro comum para as assinaturas eletrónicas - sendo esta uma das medidas fundamentais previstas no plano de ação traçado no documento, *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157, 15/04/97).

que cada Estado-Membro ajustará a sua legislação relativa a requisitos, nomeadamente de forma, suscetíveis de dificultar o recurso a contratos por via eletrónica, devendo o exame das legislações que necessitem deste ajustamento ser sistemático e abranger todas as etapas e atos necessários ao processo contratual, incluindo a celebração do contrato, em termos de esse ajustamento ter como resultado tomar exequíveis os contratos celebrados por via eletrónica. Por outro lado, por via da diretiva não é afetada a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou fixarem requisitos legais, gerais ou específicos para os contratos, que possam ser preenchidos por meios eletrónicos, em especial os requisitos relativos à certificação de assinaturas eletrónicas. Além disso, os Estados-Membros podem manter restrições à celebração de contratos por meios eletrónicos quando estes exijam, por lei, a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos, abrangendo essa possibilidade igualmente os contratos que exijam a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos para que possam produzir efeitos em relação a terceiros; bem

Entre nós, a necessidade de definição do regime jurídico aplicável aos documentos eletrónicos e assinatura digital foi apontada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal (cfr. Ponto 9 do documento pioneiro da Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde Para A Sociedade Da Informação Em Portugal*, 1997) e retomada no diploma que criou a Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de setembro), bem como no respetivo Documento Orientador (*vide Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99). Entretanto, tinha sido já adotada uma medida conducente ao reconhecimento do valor jurídico da correspondência da Administração trocada por via eletrónica (Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98). Além disso, são diversos os atos que vêm dar relevo jurídico-legal às comunicações eletrónicas (veja-se, especialmente, a Lei n.º 59/98 de 25 de agosto, que altera o Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n.º 433/99 de 26 de outubro, Código do Proccimento e de Processo Tributário, e o Decreto-Lei n.º 183/2000 de 10 de agosto, que altera o Código de Processo Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 375-A/99, de 20 de setembro, e o Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 383/99, de 23 de setembro). Nesta linha de ação e antes mesmo da Diretiva sobre as Assinaturas Eletrónicas, foi adotado entre nós o regime jurídico dos documentos eletrónicos e das assinaturas digitais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto; em Macau foi adotado o Decreto-lei n.º 64/99/M, de 25 de outubro, que regula aspetos gerais no domínio do comércio eletrónico), seguido da equiparação entre a fatura emitida em suporte papel e a fatura eletrónica (Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de setembro; sobre estes diplomas veja-se Lopes Rocha / Marta Rodrigues / Miguel Andrade / M. Pupo Correia / Henrique Carreiro, *As Leis do Comércio Eletrónico*, 2000; Pupo Correia, *Documentos eletrónicos e assinatura digital: perspetiva da nova lei*, www.digital-forum.net, 18/02/2000; veja-se também sobre os trabalhos preparatórios do diploma da fatura eletrónica, Lopes Rocha, *A fatura eletrónica: uma reforma necessária?*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 275 s). Em termos muito breves, o nosso diploma veio regular não apenas o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos eletrónicos e das assinaturas digitais, mas também confiar o controlo da atividade de certificação de assinaturas a uma entidade a designar, definindo os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da atividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, é de referir que, de acordo com a orientação comunitária então em discussão, o regime não sujeitou a autorização administrativa prévia a atividade de certificação de assinaturas digitais, embora tenha previsto um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança. Para uma análise deste diploma quanto à forma e força probatória do documento eletrónico (art. 3.º), à sua comunicação (art. 6.º) e à validade da assinatura digital (art. 7.º e 8.º), veja-se o nosso estudo, ROA 1999, p. 973 s. Mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 234/2000 de 25 de setembro criou o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais. Além disso, foi também aprovado o Decreto-Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de outubro, que regulamenta o Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de setembro relativo à equiparação entre a fatura emitida em papel e a fatura eletrónica.

como os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais. Considera-se ainda que a obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios eletrónicos apenas diz respeito aos resultantes de requisitos legais, e não aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios eletrónicos em determinados casos, sendo a obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios eletrónicos aplicada de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário¹.

Assim, nos termos do regime aprovado (art. 9.º), cabe aos Estados-Membros assegurar que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios eletrónicos, garantindo, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios eletrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios eletrónicos. Todavia, é ressalvada aos Estados-membros a faculdade de determinar que este regime não se aplique a todos ou a alguns contratos que se insiram numa das categorias seguintes: contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com exceção de direitos de arrendamento (1); contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos (2); contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua atividade comercial, empresarial ou profissional (3); contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (4).

Por outro lado, as informações a prestar são reguladas (art. 10.º) em termos de caber aos Estados-Membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exatos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato (1); se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível (2); os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda (3); as línguas em que o contrato pode ser celebrado (4). Estas informações acrescem a outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, como seja a Diretiva Contratos à Distância. Além disso, cabe ainda aos Estados-Membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar eletronicamente esses códigos. Todavia, estas obrigações de informação não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente, mas em qualquer caso os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

Quanto à ordem de encomenda (art. 11.º), a Diretiva incumbe os Estados-Membros de assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efetue a sua encomenda exclusivamente por meios eletrónicos, se apliquem os seguintes princípios: o prestador de serviços tem de acusar a receção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por

¹ Cfr. Diretiva sobre o comércio eletrónico, cons 35 a 38.

meios eletrónicos – salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (1); considera-se que a encomenda e o aviso de receção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes (2), entendendo-se que o aviso de receção por parte de um prestador de serviços pode revestir a forma da prestação em linha do serviço pago¹. Além disso, cabe aos Estados-Membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda, salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Este regime é, como vimos, informado por uma preocupação de defesa do consumidor. Porém, malgradadamente parece não se aplicar sempre que se trata de contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (arts. 10.º, 4, e 11.º, 3). O que, afinal, poderá deixar o consumidor, que se quer proteger, sem tal proteção no universo das comunicações eletrónicas. Em conformidade, pode ler-se no preâmbulo da Diretiva que as exceções às disposições relativas aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico, ou outro meio de comunicação individual equivalente, previsto na presente diretiva, no tocante às informações a prestar e às ordens de encomenda, não devem dar lugar a que os prestadores de serviços da sociedade da informação possam contornar as referidas disposições (cons. 39). Isto é particularmente importante no domínio do comércio eletrónico direto, que consiste na encomenda, pagamento e entrega direta em linha de bens incorpóreos (por ex., programas de computador e conteúdos de diversão) e serviços; o comércio eletrónico indireto, por seu turno, traduz-se na encomenda eletrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso².

A nosso entender, porém, parece-nos que a solução da Diretiva não está inteiramente de acordo com os objetivos a que se propõe. Com efeito, no domínio do comércio eletrónico direto com consumidores, por que razão não deverá o prestador de serviços cumprir as obrigações de informação e as relativas à nota de encomenda? Não é justamente nestas situações que o consumidor necessitará mais daquela proteção? Parece, com efeito, existir um contrassenso na solução da Diretiva. Resta saber, todavia, se a Diretiva proíbe os Estados-membros de não seguirem tal via na transposição para as respetivas ordens jurídicas internas.

De todo o modo, apesar de em tais casos não se aplicarem as obrigações relativas às informações a prestar e à ordem de encomenda, parece-nos que serão, todavia, de aplicar,

¹ Cfr. Diretiva sobre o comércio eletrónico, cons. 34. A este propósito, *vide* o que escrevemos sobre o critério do momento da celebração do contrato constante da Proposta no artigo *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA 1999, p. 977.

² Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

nomeadamente, as obrigações de informação previstas no regime dos contratos à distância e dos “contratos de adesão”, para além das regras do direito da publicidade.

15. Um dos princípios fundamentais do direito da publicidade é o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, nos termos do qual é proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor (art. 12.º). Esta trave mestra do regime jurídico da publicidade é objeto de uma concretização especial no Código, devendo além disso ser enquadrada na Constituição, em cujo texto os direitos dos consumidores surgem expressamente consagrados como direitos fundamentais (art. 60.º CRP, prevendo, nomeadamente, os direitos à formação e à informação e à reparação de danos).

Além disso, estes direitos são explicitados na Lei-quadro de Defesa do Consumidor (arts. 3.º a 15.º), em que revestem carácter injuntivo (art. 16.º). Especial relevo assume neste domínio a regra segundo a qual a informação das mensagens publicitárias poderá, em certos termos, considerar-se parte integrante do conteúdo dos contratos que venham a celebrar-se, sendo consideradas não escritas as cláusulas contratuais em contrário: nos termos do art. 7.º, 5, da Lei do Consumidor, as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas em contrário.

Ora, o Código da Publicidade¹ é informado por um conceito de publicidade (art. 3.º), o qual abrange, em nossa opinião, as mensagens promocionais contidas em comunicações à distância por via eletrónica. Isto é, a noção de publicidade do Código da Publicidade abrange o *marketing* direto, o qual é, além do mais, expressamente integrado na noção de publicidade domiciliária e por correspondência, a qual consiste numa forma especial de publicidade regulada pelo Código e pela Lei sobre publicidade domiciliária². Dispõe o art. 23.º do Código que, sem prejuízo do disposto em legislação especial, a publicidade entregue no domicílio do destinatário, por correspondência ou qualquer outro meio, deve conter de forma clara e precisa, *inter alia*, o nome, domicílio e os demais elementos necessários para a identificação do anunciante. Este artigo contém o regime geral da publicidade domiciliária. Ressalva, porém, o disposto em legislação especial, sendo de destacar a chamada Lei da Publicidade Domiciliária por telefonia e por telecópia, a qual regula a publicidade domiciliária *tout court*, nomeadamente, por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia (art. 1.º), à exceção, porém, da publicidade por correio eletrónico (art. 1.º, 2).

Em face disto, somos de entender que a publicidade efetuada por correio eletrónico integra a hipótese do art. 23.º do Código e preencheria também a do art. 1.º, 1, da referida

¹ Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 74/93 de 10 de março, 6/95 de 17 de janeiro, e 275/98 de 9 de setembro, e pela Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho.

² Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Sobre esta lei *vide* Paulo Mota Pinto, *Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, FDUC, n.º 1, 1999, p. 117; veja-se também do mesmo Autor, *Publicidade domiciliária não desejada ('Junk Mail, Junk Calls e Junk Faxes')*, BFD 1998, p. 273. Sobre a questão específica do «spamming» nas redes de comunicação eletrónica interativa veja-se, por exemplo T. Hoeren, *Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schaffer Poeschel, 1997, p. 114.

Lei. Porém, o legislador afastou expressamente este meio de difusão de mensagens publicitárias do âmbito de aplicação desse corpo normativo, pelo que não restará senão remeter a publicidade por correio eletrónico para o regime da publicidade domiciliária previsto no Código. Por outras palavras, a publicidade por correio eletrónico integra a noção de publicidade para efeitos do Código, sujeitando-se ao regime da publicidade domiciliária aí previsto (art. 23.º), não se sujeitando à referida legislação especial uma vez que esta a afasta expressamente do seu âmbito.

Assim, sucintamente, esta publicidade deverá conter de forma clara e precisa o nome, domicílio e demais elementos necessários para a identificação do anunciante, bem como a indicação do local onde o destinatário pode obter as informações de que careça, não bastando a indicação apenas de um apartado ou qualquer outra menção que não permita a localização imediata do anunciante. Além disso, deve conter ainda a descrição rigorosa e fiel do bem ou serviço publicitado e das suas características, só podendo referir-se a artigos de que existam amostras disponíveis para exame do destinatário, o qual não é obrigado a adquirir, guardar ou devolver quaisquer bens ou amostras que lhe tenham sido enviados ou entregues à revelia de solicitação sua.

16. Nos termos da Diretiva sobre contratos à distância¹, que deveria ter sido transposta até 4 de junho de 2000 (arts. 15.º, 1, 18.º), por contrato à distância entende-se qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração (art. 2.º, 1). Estas técnicas de comunicação consistem em qualquer meio que, sem presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as partes. Exemplos destas técnicas de comunicação são, nos termos do Anexo I, o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio eletrónico, o videofone e o videotexto.

Esta Diretiva consagra um regime de proteção nos contratos à distância, que define, embora o seu âmbito de aplicação seja algo restrito. Em termos gerais, serão de referir os deveres de informação a cargo do fornecedor (arts. 4.º e 5.º), o direito de “livre rescisão” do consumidor (art. 6.º), o pagamento fraudulento com o seu cartão² (art. 8.º), o valor do

¹ Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

² Veja-se sobre esta matéria a Recomendação 97/489/CE da Comissão de 30 de julho de 1997 relativa às transações realizadas através de um instrumento de pagamento eletrónico e, nomeadamente, às relações entre o emitente e o detentor. Veja-se anteriormente a Recomendação 87/598/CEE da Comissão de 8 de dezembro de 1987 relativa a um Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento eletrónico (Relações entre instituições financeiras, comerciantes-prestadores de serviços e consumidores), e a Recomendação 88/590/CEE da Comissão de 17 de novembro de 1988 relativa aos sistemas de pagamento e, em especial, às relações entre o titular e o emissor dos cartões. No direito interno vejam-se as seguintes medidas: Lei n.º 23/94 de 18 de julho (utilização de cartões de débito de pagamento automático); Portaria n.º 1150/94 de 27 de dezembro (regime especial de preços no serviço de pagamento automático); Decreto-Lei n.º 166/95 de 15 de julho (atividade das entidades emitentes ou gestoras de cartões de crédito); Aviso n.º 1/95 de 17 de fevereiro (deveres de informação ao público sobre operações e serviços de instituições de crédito); Aviso n.º 4/95, de 28 de julho (contratos para emissão de cartão de crédito); Decreto-Lei n.º 206/95

seu silêncio (art. 9.º) e, entre outros aspetos, a questão da proteção da privacidade dos consumidores (art. 10.º).

Trata-se de uma medida de grande importância para a proteção do consumidor na negociação eletrónica à distância, que é um meio de celebração de contratos à distância, em especial por via de correio eletrónico. O seu âmbito de aplicação é algo restrito, excluindo setores tão importantes como o *teleshopping* (art. 3.º). Com efeito, são excluídos do âmbito de aplicação da diretiva os contratos relativos a serviços financeiros referidos no anexo II, que prevê uma lista não exaustiva. Após consulta pública às partes interessadas, a Comissão concluiu pela necessidade de apresentar uma proposta específica relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros¹. Essa proposta, entretanto alterada², segue o modelo regulamentar da Diretiva sobre contratos à distância (97/7/CE), embora com soluções específicas para a comercialização à distância de serviços financeiros.

Apesar de a Diretiva sobre os contratos à distância ainda não ter sido transposta e a proposta sobre os serviços financeiros se encontrar em discussão, existirá entre nós algum regime suscetível de proteger os consumidores nos contratos à distância por via eletrónica? Em nosso entender, a resposta é afirmativa e encontra-se no regime das vendas por correspondência³. Este regime transpõe a Diretiva sobre os contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais⁴, mas, enquanto a Diretiva 85/577/CEE não parece abranger os contratos à distância, em razão de parecer exigir a presença física simultânea das partes (art. 1.º), já o nosso regime das vendas por correspondência define-as como a modalidade de distribuição comercial a retalho em que se oferece ao consumidor a possibilidade de encomendar pelo correio, telefone ou outro meio de comunicação os bens ou serviços divulgados através de catálogos, revistas, jornais, impressos ou quaisquer outros meios gráficos ou audiovisuais (art. 8.º, 1). Ora, esta definição de vendas por correspondência parece acolher os contratos à distância pelos modernos meios de comunicação, como o comércio eletrónico na Internet⁵. Deste modo, enquanto a Diretiva Contratos à Distância não for transposta e na medida em que o tenha que ser, existirá já entre nós um regime especial de proteção dos interesses dos consumidores nos contratos

de 14 de agosto (regime das sociedades financeiras para aquisições a crédito - SFACS); Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de março (instituiu o sistema de acesso aos serviços bancários mínimos).

¹ *Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores*, Livro Verde da Comissão, COM(96) 209 final, 22/05/1996, e *Serviços financeiros: reforçar a confiança do consumidor*, Comunicação da Comissão, COM(97) 309 final, 26/06/1997.

² Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Diretivas 97/7/CE e 98/27/CE.

³ Regime da venda ao domicílio e por correspondência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95 de 13 de setembro.

⁴ Diretiva 85/577/CEE do Conselho de 20 de dezembro de 1985 relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Trata-se de uma medida de harmonização mínima, pois os Estados-membros podem adotar ou manter disposições mais favoráveis à proteção do consumidor no domínio por ela abrangido (art. 8.º).

⁵ Neste sentido, António Pinto Monteiro, *A proteção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 156. No direito comparado, veja-se, nomeadamente, Tito Ballarino, *Internet nel Mondo della Legge*, Cedam, Padova, 1998, p. 93-5, p. 113-115; J. Ribas Alejandro, *Aspetos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 62-4; N. Härting, *Internetrecht*, Köln, Otto Schmidt, 1999, p. 84-7 (com mais referências sobre a interpretação da *Haustürwiderrufsgesetz*).

negociados à distância por via eletrónica. Esse regime traduz-se, especialmente, na obrigação de conformação do conteúdo das ofertas¹, na forma², conteúdo e valor do contrato, e na atribuição de um direito de “livre resolução”³ (arts. 9.º a 12.º).

17. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (LCCG)⁴ é um importante corpo normativo de proteção dos consumidores — embora nisso não se esgote — nos contratos do comércio eletrónico. Em termos breves, ao nível da formação do contrato, os consumidores têm direito à comunicação e à informação, bem como à exclusão dos contratos singulares de cláusulas surpresa *lato sensu* (art. 5.º a 8.º). Ao nível do controlo do conteúdo, gozam da proibição das cláusulas constantes das listas negras e cinzentas, incluindo as previstas para as relações entre empresários ou entidades equiparadas, e não se excluindo a possibilidade de, ainda que não prevista nas listas, a cláusula do caso concreto ser contrária à boa fé (arts. 17.º a 22.º). Assim, por exemplo, 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

¹ Estas condições de licitude do conteúdo da oferta — que são semelhantes às do regime da publicidade domiciliária (cfr. art. 23.º do Código da Publicidade e Lei n.º 6/99 de 27 de janeiro) — não se aplicam nos casos de mensagens publicitárias genéricas que não incluam uma proposta concreta para aquisição de bens ou prestação de serviços, pois que tais mensagens não serão sequer consideradas ofertas de venda. A este respeito será de considerar que, nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96 de 31 de julho), as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário (art. 7.º, 5).

² Nas vendas por correspondência os contratos de valor igual ou superior a dez mil escudos devem ser reduzidos a escrito (Portaria n.º 1300/95, de 31 de outubro). Todavia, não é exigido tal documento quando a nota de encomenda faça parte integrante do suporte utilizado na oferta de venda.

³ Este direito de livre rescisão tem correspondente no domínio do crédito ao consumo, sendo de referir o “direito de arrependimento” durante 7 dias após o contrato de que goza o consumidor, bem como o direito de ser informado deste direito. Veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro (estabelece normas relativas ao crédito ao consumo; transpõe para a ordem jurídica interna as Diretivas n.º 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990). Veja-se, no direito comunitário, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Diretiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Diretiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 1998.

⁴ Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de janeiro — que transpõe a Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores —, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de julho). Sobre esta matéria veja-se J. Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 1999; M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de outubro, Coimbra, 1990; António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Diretiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523; Idem, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79; Idem, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231; Idem, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)*, ROA 1986, p. 733; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, 1999.

patrimoniais extracontratuais¹, pois que “la clause exonératoire fait partie de la liste ‘noire’ des clauses interdites de façon absolue”². Porém, na medida em que não sejam contrárias à ordem pública, já poderão ser consideradas válidas as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade extracontratual, isto é, “se o bem em risco de vir a ser lesado, fonte de uma eventual responsabilidade extracontratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível”³.

A nível orgânico-processual, prevê-se, em especial, um controlo judicial na ação inibitória (art. 25.º) e a existência de um serviço de registo das cláusulas contratuais abusivas (arts. 34.º e 35.º)⁴. Depois, como medidas de reforço da eficácia preventiva e compulsória deste regime é de referir, ainda, a instituição da proibição provisória (art. 31.º) e a sanção pecuniária compulsória (art. 33.º).

O regime das cláusulas abusivas será particularmente importante no domínio das chamadas licenças *click-wrap*. O destinatário do teleserviço manifesta a sua concordância com os termos da licença através do ato de pressionar um ícone do ecrã, à semelhança das licenças *shrink-wrap* em que com o ato de abertura da embalagem em que é contida a cópia do programa de computador ou da obra multimédia o adquirente do *package* adere a tais estipulações. Da licença de utilização constam, *inter alia*, cláusulas que definem o âmbito da autorização de utilização (isto é, as faculdades ou direitos do utilizador), cláusulas que excluem e/ou limitam a responsabilidade do concedente, e, ainda, cláusulas que excluem e/ou limitam garantias, implícitas ou explícitas, ressalvando a sua *enforceability*, absoluta ou relativa, em face da lei aplicável.

As licenças *shrink-wrap* são o modelo típico da *praxis* negocial no âmbito dos contratos de licença de utilização de uma cópia de, *massenware*, embora não exclusivamente⁵, suscitando problemas extremamente delicados. Em virtude disso, considerou-se recentemente que seria desejável que, quer a nível nacional, quer a nível europeu, “fosse tomada uma posição clara em relação a estas licenças de plástico, e isto provavelmente por via legislativa. Uma tal intervenção, sustentada por uma política clara, deveria procurar conciliar de maneira equilibrada os interesses dos produtores, dos

¹ 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 - que transpõe a Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores -, e 249/99, de 31 de julho).

² António Pinto Monteiro, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 171.

³ António Pinto Monteiro, *Cláusulas de responsabilidade civil*, Coimbra 1990, p. 5. Para mais desenvolvimentos, vide Idem, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra 1985, p. 409 s, Idem, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 241 s

⁴ Nos termos da Portaria n.º 1093/95 de 6 de setembro, o Gabinete de Direito Europeu foi incumbido de organizar e manter atualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas. Esta medida deveria ser reforçada através da criação de um serviço de registo em linha acessível à distância por via eletrónica mediante solicitação individual, isto é, através de um sítio na Internet. Este registo eletrónico incluir-se-ia, aliás, no âmbito das medidas tendentes à informação geral do consumidor cuja adoção cabe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais e entre as quais se contam a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica, e também a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado (Lei do Consumidor, art. 7.º, 1-d/e).

⁵ Cfr. F. Koch / P. Schnupp, *Software-Recht*, I, Berlin: Springer, 1991, p. 280 s; J. Pagenberg / B. Geissler, *Lizenzverträge. Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software. Kommentierte Vertragsmuster nach deutschen und europäischen Recht*, 3. Aufl., Köln: Heymanns, 1991, p. 589 s.

revendedores e dos utilizadores”¹. Parte esta consideração de uma análise de direito comparado, em que se constata que a solução do problema parece apontar em sentidos divergentes: na Holanda, a jurisprudência superior pronunciou-se no caso *Coss v. TMDData* (1995) pela invalidade das licenças de plástico, com o argumento de que a simples abertura do invólucro não seria suficiente para a formação de acordo de vontade e, portanto, para a celebração de um contrato; em Inglaterra, no caso *Beta v. Adobe* (1996), a jurisprudência, criticada por alguns autores, entendeu que a licença de plástico seria apenas uma condição imposta pelo titular de direitos ao contrato de compra e venda das cópias do *software*, que não obstaría, nem seria afetada pela validade deste contrato; em Singapura, no caso *Aztech PTE Ltd. v. Creative Technology Ltd* (1996-7), apesar de o tribunal de primeira instância ter considerado a licença inválida, mobilizando um precedente no domínio das patentes (caso *Betts v. Wilmott*, 1871), o tribunal de recurso pronunciou-se pela validade da licença de plástico, considerando que o adquirente da cópia do *software* teria acordado os termos implícitos da licença, nomeadamente a cláusula que proibia a realização da descompilação para fins de interoperabilidade; nos Estados Unidos, há vária jurisprudência, sendo de referir o caso *Step Saver Data Systems v. Wyse Technology* (1990-1), em que depois de a primeira instância se ter pronunciado pela validade da licença, o tribunal de recurso inverteu o sentido da decisão, com o argumento de que a abertura do invólucro não seria suficiente manifestação de vontade de contratar não havendo acesso prévio aos termos da licença; nesta linha, foi proposta a alteração do *Uniform Commercial Code*, no sentido da adição da § 2B-308(2), nos termos da qual “numa transação mercantil em, massa, a menos que outra coisa seja acordada, uma obrigação ou limitação que tenha sido razoavelmente comunicada na embalagem do produto ou de outro modo antes do pagamento do preço da licença, ou que foi parte da descrição do produto, torna-se parte do contrato sem manifestação de concordância com uma licença ou uma cláusula contendo uma obrigação ou limitação”; esta proposta afirma a validade de princípio destas licenças de plástico na condição de apresentação clara e anterior à conclusão do contrato das cláusulas que restringem os direitos dos utilizadores; consagra-se assim a orientação jurisprudencial, também firmada no caso *Arizona Retail Syst. v Software Link* (1993), e recentemente reafirmado pelo tribunal de recurso no caso *Pro-CD v. Zeidenberg* (1996) no sentido de aceitar a validade das licenças de plástico, na medida em que as condições da licença tenham sido levadas ao conhecimento do adquirente antes da conclusão da venda².

Em suma, as licenças *click-wrap* são o modelo típico da *praxis* negocial no âmbito dos contratos de licença de utilização de conteúdos informativos comercializados na Internet³,

¹ C. Girot, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 14.

² Sobre estas e outras indicações recentes de direito comparado, vide G. Smith, *Shrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive*, CLJ 1992, p. 597 C. Ward / L. W. Durrant, *Shrink-wrap Licences Revisited: Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited*, CoL 1994, p. 174; Lemley, Mark, *Intellectual Property and Shrink-Wrap Licenses*, California LR 1995, p. 1239; M. Williamson, *A Brief Defense of, mass Market Software License Agreements*, Rutgers LJ 1996, p. 335 s; C. Kochinke / A. Günther, *Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA*, CR 1997, p. 129; C. Girot, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 7 s.

³ A Proposta de Diretiva sobre Comércio Eletrónico contemplou-as, prevendo que nos casos em que o destinatário do serviço não tenha alternativa senão clicar um ícone de sim ou não para aceitar ou não uma

suscitando problemas muito delicados. Desde logo, põe-se o problema da sua validade. Podemos procurar uma primeira resposta para o problema fazendo a analogia com as licenças *shrink-wrap*. Verificamos que no direito comparado a solução jurisprudencial do problema parece apontar em sentidos divergentes¹. Recentemente, nos EUA foi proposta, como vimos, a alteração do *Uniform Commercial Code*, no sentido da adição da § 2B-308(2), que afirma a validade de princípio destas licenças de plástico na condição de apresentação clara e anterior à conclusão do contrato das cláusulas que restringem os direitos dos utilizadores².

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

Trata-se de saber, para começar, se estas licenças cumprem o dever de comunicação prévia e na íntegra das condições gerais constantes da licença de utilização (art. 5.º). Em nosso entender, enquanto selos-avisos de abertura da embalagem do produto, estas licenças parecem cumprir, em princípio, tal dever, uma vez que tornam possível o conhecimento prévio da existência das cláusulas da licença e o conhecimento do seu conteúdo por parte do aderente. Este não apenas é avisado da existência da licença de

proposta concreta feita por um prestador, o contrato será celebrado quando o destinatário do serviço tiver recebido do prestador, por via eletrónica, o aviso de receção da aceitação pelo destinatário do serviço e tiver confirmado a receção desse aviso. Para efeitos deste regime considerava-se, por um lado, que a aceitação de celebrar o contrato, por parte do destinatário do serviço, podia consistir em efetuar o pagamento em linha, e, por outro, que o aviso de receção por um prestador podia ser constituído pelo fornecimento em linha do serviço pago. Isto significava que, em tais casos, a celebração do contrato coincidiria com o seu cumprimento por parte do prestador do serviço, sendo que poderia ser efetuado um pagamento pelo destinatário antes mesmo de o contrato se considerar celebrado. Todavia, esta matéria acabaria por ser eliminada da Diretiva sobre o comércio eletrónico, segundo a Posição Comum. E a nosso ver, bem. Com efeito, tal significaria que os contratos *on-line* seriam contratos *quod constitutionem* uma vez que só se considerariam celebrados quando ambas as partes tivessem cumprido a respetiva prestação, melhor ainda, quando o prestador do serviço tivesse realizado a respetiva prestação (por ex., entrega em linha de conteúdo de diversão ou entretenimento digitalizado, como vídeo a pedido na Internet). O tomador do serviço pagaria por um serviço relativo a um contrato que não tinha sido ainda celebrado, resultando daí desprotegido.

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

² Esta proposta consagra a orientação jurisprudencial, também firmada no caso *Arizona Retail Syst. v. Software Link* (1993), e recentemente retomada pelo tribunal de recurso no caso *Pro-CD v. Zeidenberg* (1996) no sentido de aceitar a validade das licenças de plástico, na medida em que as condições da licença tenham sido levadas ao conhecimento do adquirente antes da conclusão da venda. Sobre estas licenças de plástico poderá ver-se também o nosso *Contratos de Software*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano letivo 1995/1996)*, Coimbra 1996.

utilização, mas também prevenido a tomar conhecimento dos seus termos e condições, uma vez que a abertura da embalagem acarreta a sua aceitação. Depois, antes de aderir às condições gerais da licença o utilizador pode solicitar todos os esclarecimentos razoáveis, que lhe são devidos pelo proponente por força do dever de informação que sobre este impende (art. 6.º). Assim, em princípio, as licenças *shrink-wrap* não prejudicam, por si só, o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação das cláusulas contratuais gerais, permitindo a sua inclusão, na medida em que não se tratem de cláusulas surpresa, no contrato singular de licença (art. 8.º e art. 4.º).

Por outras palavras, estas licenças de plástico serão, em regra, como se deixou implícito, “contratos de adesão”, porquanto se formam pela mera adesão do cliente às cláusulas contratuais gerais predeterminadas ou pré-elaboradas pela *software-house* com vista a uniformizar a disciplina dos contratos de licença de utilização final de cópias do programa a celebrar no futuro¹; porém, por força da diretiva, este regime deverá aplicar-se pelo menos nas relações com consumidores ainda que tais cláusulas tenham sido meramente pré-definidas para um contrato individual, bastando, portanto, que não tenham sido objeto de negociação individual². Encontrar-se-ão, assim, as respetivas estipulações sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Antes do apuramento da consonância do conteúdo de tais estipulações com a boa-fé (art. 16.º LCCG), e, nomeadamente, da sua conformidade, nos termos prescritos, com as listas 'negras' e 'cinzentas' constantes dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º LCCG, põe-se, desde logo, o problema do controlo ao nível da formação do acordo.

Ora, o problema é extremamente delicado, também não havendo, entre nós, consenso quanto á sua validade³. Na medida em que os termos da licença não violem os direitos mínimos do utente — incluindo os atos de carregamento e funcionamento necessários à utilização da cópia e a ação de correção dos respetivos erros —, deverão tais estipulações ser válidas em face dos direitos de propriedade intelectual. Porém, estamos aqui ao nível dos limites internos do direito, aos quais acrescem os limites externos impostos, nomeadamente, pela livre concorrência e pela proteção do consumidor. É um problema que aqui se põe é, desde logo, saber se as licenças de *shrink-wrap* cumprem o dever de comunicação prévia e na íntegra das condições gerais constantes da licença de utilização exigido pelo, e nos termos do, art. 5.º LCCG. Ora, enquanto 'selos-avisos' de abertura da embalagem da cópia do programa, as 'licenças *shrink-wrap*' parecem poder cumprir, em

¹ Cfr. António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)*, ROA 1986, p. 746. Veja-se também Sousa Ribeiro, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra 1990, p. 173, definindo-as como as “cláusulas préformuladas com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebrar pelo predisponente ou por terceiro.”

² Vide António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Diretiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523; Idem, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la diretiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79, esp. 98 s; Idem, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231.

³ No sentido da invalidade, José de Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, Coimbra 1996, p. 352. No sentido na validade destas licenças, na medida em que respeitem os direitos mínimos do utilizador definidos pela Diretiva Programas de Computador, Manuel Lopes Rocha, *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, p. 702.

princípio, tal dever, uma vez que possibilitam "ao aderente o conhecimento antecipado da existência das cláusulas contratuais gerais, que irão integrar o contrato singular, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para o efeito, também a ele, um comportamento diligente"¹.

Na verdade, o aderente é não apenas avisado da existência da licença de utilização, mas também prevenido a tomar conhecimento dos seus termos e condições, uma vez que a abertura da embalagem acarreta a sua aceitação. Depois, antes de aderir às condições gerais da licença o utilizador pode solicitar todos os esclarecimentos razoáveis, que lhe são devidos pelo proponente por força do dever de informação que sobre este impende (art. 6.º LCCG), na medida em que não se trate de meras "dúvidas injustificadas ou caprichosas do aderente"². Assim, parece que, em princípio, as licenças *shrink-wrap* não prejudicam, por si só, o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação das cláusulas contratuais gerais, permitindo a sua inclusão, na medida em que não se tratem de cláusulas surpresa, no contrato singular de licença (art. 8.º e art. 4.º LCCG).³ Semelhante solução deverá valer, *mutatis mutandis*, no domínio das licenças *click-wrap* ou, de um modo geral, para os "contratos de adesão" na Internet.

Não obstante, para além da questão da formação do acordo põe-se uma outra, agora ao nível do controlo do conteúdo⁴. Nos termos da alínea d) do art. 19.º LCCG, são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que "imponham ficções de receção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes". Não deixa ser problemático saber se esta disposição, que fere de nulidade (art. 12.º) tais cláusulas, quer se incluam em contratos singulares celebrados com empresários ou com consumidores (art. 20.º), abrange estes casos. Todavia, deve notar-se que se trata de cláusulas relativamente proibidas ("cláusulas suspeitas" ou lista cinzenta), para as quais, o referente de convocação dos valores fundamentais de direito que informam o princípio da boa-fé em face da situação particular e concreta, é o "quadro negocial padronizado" (arts. 17.º e 19.º)⁵. O que significa, que só após valoração judicial referida a este padrão poderá o tribunal pronunciar-se, no caso concreto, pela sua contrariedade à boa fé e, nessa medida, pela sua nulidade.

De todo o modo, é duvidoso, apesar de a questão ser algo *circulus vitiosis*, que as licenças *shrink-wrap* possam, tal como as deixámos caracterizadas, impor ao aderente uma ficção de aceitação ou de concordância com os termos e as condições da licença de utilização. Com efeito, o cliente, antes de abrir a embalagem que contém a cópia do programa, é avisado, pelo 'selo', da existência da licença, e prevenido a tomar

¹ António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)*, ROA 1986, p. 749.

² Mário Júlio de Almeida Costa / António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 26.

³ No sentido da validade destas licenças na medida em que "o adquirente tenha tido a possibilidade de tomar conhecimento, não sendo necessário que tenha efetivamente tomado conhecimento das cláusulas da licença", M. Lopes Rocha, *Contratos de licença*, cit., p. 701.

⁴ Cfr. o nosso *Contratos de "Software"*, p. 185-6.

⁵ Cfr. António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão*, cit., ROA 1986, p. 754-5. Igual padrão de referência vale no âmbito do controlo preventivo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura e independentemente da sua inclusão prévia efetiva em contratos singulares, nos termos da ação inibitória prevista nos arts. 25 et seq.

conhecimento dos respetivos termos e condições, podendo a eles não aderir se com eles não concordar, devolvendo "de imediato o suporte lógico intacto, ao local onde o adquiriu para obter o reembolso completo"¹. Se, não obstante avisado e prevenido da existência e do conteúdo das condições gerais da licença de utilização, abrir a embalagem, o cliente expressa a sua concordância com os termos e condições de tal licença. Nessa medida, poderá ser sustentável não se tratar de uma ficção de aceitação. Nesse sentido parece apontar, aliás, o art. 234.º do Código Civil²: "Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta"³.

Assim, em conformidade com o art. 234.º do CCiv, a abertura do selo-aviso seria uma conduta que, tornando "dispensável a declaração de aceitação" de acordo com a natureza ou circunstâncias deste tipo de negócios (senão mesmo com os usos), mostraria a intenção de aceitar a proposta constante da licença de utilização, não se tratando de uma ficção de aceitação. Sendo que a compreensão do art. 234.º do Código Civil, no caso das licenças *shrink-wrap*, pressupõe o entendimento de que o cliente não adquire do distribuidor quaisquer direitos de utilização da cópia do programa: a licença é-lhe concedida, não pelo distribuidor, mas sim pelo titular dos direitos, por exemplo, a *software-house*. O distribuidor limita-se, nomeadamente, a revender os exemplares que adquiriu junto do produtor, nos termos da respetiva licença de distribuição. Pelo que, não parece inaceitável sustentar a suscetibilidade de mobilização dos critérios prescritos no Código Civil para a venda a contento, *maxime* na segunda modalidade⁴, para regular, quanto a este ponto, o contrato de compra de venda celebrado entre o distribuidor e o cliente. Em suma, se o cliente não aceitar a proposta de licença de utilização da cópia do programa que lhe é dirigida pelo titular dos direitos, poderá resolver o contrato, *v.g.*, de compra de venda do exemplar, que celebrou, a contento, com o distribuidor.

18. Os programas de computador são um dos bens mais transacionados no domínio do comércio eletrónico direto. Ora, discute-se se o *software* pode ser qualificado como produto para efeitos do regime da responsabilidade objetiva do produtor.⁵ Se for de responder afirmativamente ao problema então ter-se-ão por não escritas as cláusulas

¹ Cfr. *Acordo de Licença de Suporte Lógico Apple*, p. 22.

² Sob epígrafe "Dispensa de declaração de aceitação".

³ Veja-se, ao nível da dogmática do negócio jurídico, corrigindo teleologicamente a terminologia legal, no sentido de que se trata de uma declaração negocial não receptícia nem endereçada, em conformidade com a adoção de um conceito amplo de declaração, Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 613-30 (superando, assim, a doutrina que concebe ainda esta dispensa de declaração de aceitação como um enunciado tácito de aceitação, por contraposição à declaração expressa, presente em, nomeadamente, Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, II, Coimbra, 1992, p. 793-4).

⁴ Art. 924.º do Código Civil.

⁵ Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro (LRP), que transpõe a Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. A alteração recente desta Diretiva não alterou o sentido que sustentamos no texto (Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de maio de 1999, que altera a Diretiva 85/374/CEE do Conselho de 25 de julho de 1985 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos).

limitativas e de exclusão de responsabilidade do produtor perante o lesado, por força da inderrogabilidade da responsabilidade do produtor prescrita pelo art. 10.º LRP. Tais cláusulas deverão ser consideradas como “ineficazes para com a vítima”¹. E assim será, quer sejam apostas em contratos de adesão, quer em contratos negociados, uma vez que trata-se de um “*desvio*” ao “*regime geral*” decorrente de “razões de ordem pública”, a saber “por necessidades sociais de tutela do consumidor”².

Ora, nos termos do art. 3º, 1, LRP, por produto entende-se “qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”. Contra a assimilação dos programas a esta noção de produto³, invoca certa orientação doutrinal a natureza incorpórea dos programas de computador⁴. A favor, porém, da subsunção dos programas de computador à noção de produto, uma outra corrente doutrinal, caracterizando o *software* como *instrumentum* (ao nível do código-objeto), que tem por função produzir impulsos elétricos, sendo, nessa medida, um fenómeno magnético equiparável às “*energie naturali aventi valore economico*”⁵, não excluídas da noção de produto⁶, conclui que: “*Software als Produkt dem Produkthaftungsgesetz unterliegt [...]*”⁷. E se assim fosse, o mesmo deveria valer para o *software individual* e o *software standard*.⁸

Neste sentido considerou-se recentemente, em face da lei alemã, que um programa de computador é um produto no sentido da lei da responsabilidade do produtor (*Produkthaftungsgesetzes*) em qualquer caso, quer seja integrado num dispositivo eletrónico ou isolado, quer como programa *standard* de aplicação ou como programa individual de aplicação, quer seja entregue num suporte de dados ou transmitido em linha⁹. Porém, entre nós, contra a aplicação do regime da responsabilidade civil do

¹ Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 739.

² Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 257, n. 538.

³ Entendido enquanto ‘bewegliche Sache’, ou seja, coisa corpórea móvel.

⁴ Cfr. Westphalen, NJW 1990, p. 97: “Software sei kein ‘körperlicher Gegenstand’, also keine Sache §90 BGB, sondern verkörpere nur eine geistige Leistung”; v., ainda, H-W. Moritz, *Überlassung von Programmkopien — Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?*, CR 1994, p. 263.

⁵ A. Zaccaria, *La responsabilità del «produttore» di software*, CI 1993, p. 303.

⁶ Cfr. art. 2.º, *in fine*, Diretiva sobre produtos defeituosos. Veja-se também João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 608-9.

⁷ M. Lehmann, *Produkt- und Produzentenhaftung für Software*, NJW 1992, p. 1724; Idem, *Produzenten- und Produkthaftung für Soft- und Hardware*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., 1993, München, p. 999. Veja-se, também, J.-P. Triaille, *Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données, information*, DIT 4/1990, p. 37; Idem, *L’applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, DII 1990, p. 728; A. Zaccaria, *La responsabilità del «produttore» di software*, CI 1993, p. 299 s; A. Günther, *Produkthaftung für Software (Ein obiter dictum aus den USA)*, CR 1993, p. 544.

⁸ Cfr. H.-J. Kullmann, *Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland*, ERPL 1994, p. 215; Zaccaria, *La responsabilità del «produttore» di software*, CI 1993, p. 303 s; M. Lehmann, *Produkt- und Produzentenhaftung für Software*, NJW 1992, p. 1724.

⁹ Cfr. J. Taeger, *Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme*, Tübingen: Mohr, 1995, p. 169. Entre nós foi também sustentada a aplicação da lei da responsabilidade do produtor ao *software* “tendo presente a grande ideia de justiça, que pretende salvaguardar o consumidor” (Patrícia Sofia Carvalho Rocha, *Responsabilidade civil do produtor de software*, Coimbra 2000, p. 32 - relatório de Mestrado gentilmente cedido pela Autora). Trata-se de uma posição informada por uma preocupação de justiça material. Receamos, porém, que conduza à aplicação analógica de um regime de natureza excepcional, uma vez que mesmo por interpretação extensiva não nos parece que a definição de produto abranja os programas de computador. Claro que é discutível o problema da aplicação analógica das normas excecionais. Porém, tendo em conta a complexidade de interesses envolvidos, trata-se de uma matéria sobre a qual o legislador deveria pronunciar-se, como, aliás, fez recentemente, a nível comunitário, no sentido de

produtor ao *software individual* poder-se-á sustentar que neste caso se justifica "mais um tratamento análogo ao das prestações de serviços (responsabilidade profissional), apesar de corporizadas num suporte material"¹.

Estamos perante mais um caso em que os problemas se suscitam em virtude da especial natureza do *software*, sendo nossa opinião que o ponto é “extremamente delicado, afigurando-se algo problemática aquela equiparação, uma vez que os programas de computador são puras coisas incorpóreas, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização.”² É, portanto, problemático que os programas de computador, enquanto tais, integrem a noção de produto. "A definição de produto, contida no art. 3.º, abrange os *suportes materiais* em que a obra intelectual se materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si — bem imaterial”³.

Ora, os programas de computador são coisas incorpóreas como é entendimento pacífico⁴, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização. “Das Computerprogramm selbst ist zwar eine rein geistige Leistung”⁵. E não o deixa de ser pelo facto de a sua comercialização se processar, normalmente, mas não necessariamente, através do "Datenträger" em que se corporiza cada exemplar produzido (disquete, banda magnética, microchip, etc). Este, o *corpus mechanicum*, o suporte material da cópia comercializada, é que constitui uma coisa móvel ("bewegliche Sache"), ou seja, o produto por cujos defeitos será responsável, nos termos da LRP, o respetivo produtor⁶. Aliás, a Diretiva Produtos Defeituosos foi recentemente alterada no sentido de alargar a noção de produto, mas nada dizendo no sentido da inclusão dos programas de computador⁷.

Em suma, é uma questão controversa saber se o *software* é passível de ser qualificado como produto para efeitos do regime da responsabilidade objetiva do produtor. Nos termos no n.º 1 do art. 3.º desta lei, por produto entende-se "qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel". Ora, a favor da subsumibilidade dos programas de computador a esta noção de produto (entendido enquanto *bewegliche Sache*, ou seja, coisa corpórea móvel) aduz-se a equiparação funcional do *software*,

abranger também as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça. Assim, numa perspectiva de *iure condendo*, poderemos sustentar que o princípio da proteção do consumidor, que é cada vez mais uma travessa do corpo e do espírito do sistema, justifique a extensão desta lei às coisas incorpóreas, entre as quais se contam os programas de computador. Pois que se abrimos esta lei aos programas de computador, por que razão não a deveremos alargar também às demais coisas incorpóreas?

¹ João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor cit.*, p. 613-4, n. 3, convocando vária doutrina nesse sentido.

² Cfr. o nosso *Contratos de 'Software'*, p. 188.

³ João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 613.

⁴ Cfr., entre nós, nomeadamente, José de Oliveira Ascensão, *A proteção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, p. 76.

⁵ H.-J. Kullmann, *Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland*, ERPL 1994, p. 223-4.

⁶ Neste sentido, vide António Pinto Monteiro, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, Coimbra, 1999, I, p. 236.

⁷ Cfr. Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de maio de 1999, que altera a Diretiva 85/374/CEE do Conselho de 25 de julho de 1985 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Com efeito, a alteração situa-se ainda ao nível da corporalidade do produto no sentido de eliminar a anterior exclusão das matérias-primas agrícolas e dos produtos da caça.

enquanto *instrumentum* (ao nível do código-objeto), às energias não excluídas da noção de produto, segundo o art. 2.º, *in fine*, da diretiva-produtos defeituosos. Respondendo-se afirmativamente ao problema, então, quer sejam apostas em contratos de adesão, quer em contratos negociados¹, têm-se por *não escritas* as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade do produtor perante o lesado, por força da inderrogabilidade da responsabilidade do produtor prescrita pelo art. 10.º da lei da responsabilidade do produtor.

Porém, os programas de computador são puras coisas incorpóreas, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização. E não o deixam de ser pelo facto de a sua comercialização se processar, normalmente —, mas não necessariamente —, através do *Datenträger* em que se corporiza cada exemplar produzido (disquete, banda magnética, *microchip*, etc). Não obstante, já o *corpus mechanicum* — o suporte material da cópia comercializada — constituirá uma coisa móvel, ou seja, o produto, por cujos defeitos deverá ser responsável o respetivo produtor². A recente alteração da Diretiva não modifica, em nosso entender, esta solução.

¹ Trata-se, como vimos, de um “desvio” ao “regime geral” decorrente de “razões de ordem pública”, a saber, por “necessidades sociais de tutela do consumidor”. Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra 1990, p. 257 (n. 538).

² Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Contratos de “Software”* (in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade*, IJC, Coimbra, 1996, p. 120-1), e *Comércio Electónico na Sociedade da Informação*, *cit.*, p. 110 *et seq.*

A GLOBALIZAÇÃO, A OMC E O COMÉRCIO ELETRÓNICO *

Introdução

1. O crescimento exponencial da Internet trouxe consigo a nova *economia digital*, com a formação de um mercado eletrónico (ou virtual) e o aparecimento de «ciberempresas» de matriz *tecnológica*. Ao mesmo tempo, assistiu-se à migração das empresas tradicionais para o mercado eletrónico.¹

Na base desta nova realidade encontram-se determinados imperativos tecnológicos, que permitem à rede eletrónica global o seu crescimento. Por um lado, o imperativo da *interoperabilidade* e da convergência tecnológica ao nível da informática, do audiovisual e das telecomunicações. Por outro lado, o imperativo da segurança técnica postulado pelas *tecnologias seguras*, nomeadamente as *assinaturas digitais e serviços de certificação* com função de autenticidade e integridade dos dados, e a *cifragem e os envelopes criptográficos* com função de confidencialidade dos dados².

2. Em termos gerais, o comércio eletrónico traduz-se na negociação realizada por via eletrónica, isto é, através do processamento e transmissão eletrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem³. As *vantagens* do comércio eletrónico traduzem-se, fundamentalmente, no chamado *comércio sem papel (paper less trade)*, no *just in time* e na possibilidade de *acesso rápido e atualizado* a diversas fontes de informação e de fornecimento de bens. Em vista das suas inegáveis vantagens, o comércio eletrónico abrange cada vez mais *atividades económicas*, como sejam, por exemplo, a venda em linha de mercadorias (1), os serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha (2) e os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico (3).

* Temas de Integração, A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round, N.º 12 (2002: 131-15), Revista Sequencia 45 (2002: 173-195). Texto correspondente à comunicação sobre a problemática do comércio electrónico apresentada no Seminário de Verão *A Globalização e a Organização Mundial do Comércio (OMC)*, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pela Associação de Estudos Europeus, em julho de 2002).

¹ Cfr. o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 13 e 18 ss (com nota de atualização no site da editora).

² Sobre as questões tecnológicas *vide*, nomeadamente, *Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação - para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997; *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996; *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997; *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*; e o nosso *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Eletrónico na Internet*, <http://www.fd.unl.pt> - 1/1.

³ O comércio eletrónico tem por base os chamados serviços da sociedade da informação, que a lei define como qualquer prestação de atividade à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração (cfr. Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, que transpõe para o direito interno a Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998). *Vide* o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, pp. 978 ss.

Podemos distinguir dois tipos de comércio eletrónico tendo em conta o critério dos sujeitos que o praticam e o critério do modo de cumprimento das transações. Atendendo ao critério dos sujeitos, distingue-se entre o comércio eletrónico que se realiza apenas entre empresas ou entidades equiparadas (o chamado B2B) e o comércio eletrónico que é aberto ao público consumidor (o chamado B2C). Sendo que a vertente «B2C» tem crescido muito nos últimos anos, com a passagem do um tradicional EDI fechado ao novo comércio eletrónico em redes abertas, como a Internet.

Além disso, atendendo ao critério do modo de cumprimento das transações, distinguem-se duas modalidades principais no comércio eletrónico. Por um lado, o comércio eletrónico *direto*, que se traduz na encomenda, pagamento e entrega direta em linha de bens incorpóreos e serviços, como, por exemplo, a compra e venda em linha de programas de computador ou de conteúdos de diversão e de informação. Por outro lado, o comércio eletrónico *indireto*, que se traduz na encomenda eletrónica de bens que têm de ser entregados fisicamente por meio dos canais tradicionais, como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso.¹ Assim, o comércio eletrónico direto abrange as transações cujo objeto é suscetível de entrega eletrónica em linha, ao passo que o comércio eletrónico indireto corresponde às transações cujo objeto é um bem tangível ou está incorporado num suporte corpóreo (por exemplo, a distribuição de exemplares de programas de computador em suporte CD-ROM com encomenda e eventual pagamento em linha).

3. Em que medida tem o comércio eletrónico a ver com a globalização e qual é o papel da OMC na regulação do comércio eletrónico?

A Organização Mundial do Comércio (OMC) destina-se a organizar o comércio à escala mundial. A OMC é, ao mesmo tempo, uma causa e uma consequência da chamada globalização. *Causa*, porque a OMC ordena o comércio mundialmente, tornando possível a globalização das trocas comerciais. *Consequência*, porque a globalização das trocas comerciais exigiu a criação de uma instância que as organizasse. Por seu turno, o comércio eletrónico é, desde logo, comércio através das redes globais de comunicação, nomeadamente a Internet. Além disso, o comércio eletrónico tem dimensão mundial. Assim, o comércio eletrónico está sujeito à jurisdição da OMC porque é mundial e também é comércio.

A consideração do papel da OMC na regulação do comércio eletrónico será mais um exemplo da passagem de um estado de “anarquia em linha” para a um estado de ordenação jurídica de uma nova zona de soberania: o chamado «ciberespaço».² Com efeito, depois de ter sido alegada a obsolescência do Estado e a incompetência dos juristas e de os *tecnólogos* revolucionários terem autoproclamado a sua soberania no ciberespaço, assiste-se atualmente a um processo de intervenção reguladora de organizações de fonte estadual, que pretendem chamar o *tempo real* da Internet ao tempo administrativo e ao tempo judicial. Porém, são detetáveis alguns paradoxos neste processo de regulação, uma

¹ Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

² *Vide*, desenvolvidamente, o nosso *A Jurisdição na Internet segundo do Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, LXXVII, 2001.

que se por um lado se apela à *autorregulação* e aos «ADRs» (veja-se, por exemplo, em matéria de nomes de domínio e de procedimentos de arbitragem da WIPO), ao mesmo tempo, por outro lado, é visível um movimento de neo-criminalização, com destaque para a recente Convenção sobre o *cibercrime*. Além disso, é questionável se a globalização não significa, em matéria de comércio eletrónico, a afirmação de novas soberanias, públicas e privadas, como é o caso da intervenção reguladora da União Europeia em matéria da sociedade da informação e da regulação dos nomes de domínio pela ICANN.

Sem pretender evitar estas questões, vamos considerar o papel da OMC na regulação do comércio eletrónico. Com efeito, sendo comércio à escala mundial, o comércio eletrónico cai sob a jurisdição da OMC, a qual pode controlar as leis nacionais em diversos domínios. Destacaremos dois aspetos deveras importantes no domínio do comércio eletrónico, quer direto ou indireto, quer entre empresas ou com consumidores, que são a *propriedade intelectual* e o *marketing*. Estes aspetos jurídicos do comércio eletrónico permitir-nos-ão, além do mais, compreender o mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet, com a passagem das taxas públicas às rendas privadas e a subtileza do neo-protecionismo a propósito da proteção do consumidor (... incluindo o investidor) e da proteção da saúde pública na comercialização de medicamentos na Internet.

II. O mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet

1. Em anexo ao acordo do GATT encontra-se um outro acordo, que diz respeito aos *aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio* (ADPIC/TRIPS)¹. Nos termos deste acordo, os Estados Contratantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de autor, patentes, marcas e outros direitos de propriedade industrial. A observância desses padrões de proteção da

¹ Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou “TRIPS”), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do “Uruguay Round” do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Sobre este Acordo *vide*, nomeadamente, Bercovitz, Alberto [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; Bercovitz, Alberto, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, p. 877; Reinbothe, Jörg, *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs*, GRUR Int. 1992, p. 707; Idem, *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Hilf, Meinhard / Oehler, Wolfgang (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 149; Worthy, John, *Intellectual Property After GATT*, EIPR 1994, p. 195; Correa, Carlos M., *TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights*, IIC 1994, p. 543; Ricketson, Sam, *The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights*, IIC 1995, p. 872; Katzenberger, Paul, *TRIPs und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, p. 447; Dreier, Thomas, *TRIPs und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, p. 205; Lehmann, Michael, *TRIPs/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, p. 2; Lewinski, Silke von, *Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts*, GRUR Int. 1996, p. 630; Gómez Segade, José António, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, *Studia Iuridica* 48, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 7; Geller, Paul Edward, *Can the GATT Incorporate Berne Whole*, EIPR 1990, p. 423; Drexler, Josef, *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt*, München: Beck, 1990.

propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC, que assim pode *controlar* as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.¹

De um modo geral, o Acordo ADPIC estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º) e define como objetivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º). Para além disso, estabelece certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual, começando pelo direito de autor e direitos conexos.²

Ora, a instituição global de um sistema apertado de direitos de propriedade intelectual é feita no contexto de um acordo sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. Significará isto a substituição dos impostos do Estado pelas *royalties* das grandes empresas privadas, ficando ainda por cima o Estado onerado com os custos administrativos de fiscalização e punição das infrações?³

O Acordo ADPIC não contempla expressamente as exigências do moderno comércio eletrónico, uma vez que se trata de um acordo pré revolução Internet. Todavia, não deixa de conter normas que regulam aspetos nucleares do comércio eletrónico. Por exemplo, é prevista a proteção do *software* (programas de computador) e das bases de dados pelo *copyright* (art. 10.º), sendo estes bens essenciais no domínio da comercialização eletrónica.

Por outro lado, a Internet é também utilizada para comercializar livros eletrónicos, música, filmes, para além dos programas de computador e das bases de dados. Ora, o Acordo ADPIC da OMC obriga os legisladores nacionais a preverem medidas que protejam os interesses dos autores, dos editores, dos produtores e de outros titulares de direitos, ao mesmo tempo que o GATT aponta no sentido da tendencial redução das taxas aduaneiras relativamente ao comércio internacional destes bens.

1.1. Ora, um aspeto que interessa considerar diz respeito ao chamado *esgotamento internacional* de direitos, em especial do direito de *distribuição*. O Acordo ADPIC não

¹ Nos termos do art. 1.º, 2, Acordo ADPIC, os direitos de propriedade intelectual abrangem o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores (“configurações de circuitos integrados”) e o saber-fazer (“informações não divulgadas”).

² Em matéria de direitos de autor, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Ato de Paris 1971), dispõe que eles “não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo artigo 6.º *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes” (art. 9.º, 1). Além disso, o Acordo ADPIC declara o princípio de que a proteção do direito de autor abrange as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tais (art. 9.º, 2), consagrando, depois, a proteção dos programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objeto, pelo direito de autor enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (art. 10.º, 1), e estabelecendo que as compilações de dados ou de outros elementos, quer sejam fixadas num suporte legível por máquina ou sob qualquer outra forma, que constituam criações intelectuais, em virtude da seleção ou da disposição dos respetivos elementos constitutivos, serão protegidas enquanto tal, excetuando-se os próprios dados ou elementos, e não se prejudicando os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos (art. 10.º, 2).

³ Com efeito, uma das partes do ADPIC consideradas mais importantes é a que contém normas sobre aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual (parte III, arts. 41.º ss).

cuida desta matéria e consagra, aliás, uma norma nos termos da qual “nenhuma disposição do presente acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual” (art. 6.º).

O direito de distribuição permite ao titular de direitos controlar, desde logo, a *primeira venda* de um objeto protegido no mercado de um determinado Estado. Tendo em conta o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, isto significa que o titular de direitos pode controlar as *importações paralelas*, fragmentando os mercados e praticando os preços de primeira venda em cada mercado nacional que mais lhe convierem.

No direito europeu formou-se o princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único¹. Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-Membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito. Todavia, no domínio do comércio eletrónico direto esse princípio não se aplica, uma vez que se entende que se trata de uma atividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação).²

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

1.2., mas, para além disso, deve destacar-se que o Acordo ADPIC limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e exceções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-Membros à regra dos *três passos*, nos termos da qual as exceções aos direitos exclusivos serão restritas a *casos especiais* que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos

¹ Em matéria de direitos de autor, veja-se, por exemplo, a diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE), art. 4.º, 2.

² *Vide* cons. 18 da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno; art. 5.º-c, e cons. 33, da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados; cons. 19 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio eletrónico e fiscalidade indireta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respetivas declarações acordadas, WCT, dezembro de 1996. Para desenvolvimentos sobre esta questão *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 55, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 568 ss, com mais referências.

interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2)¹.

Assim, as leis nacionais dos Estados Contratantes estarão sujeitas ao controlo desta regra. Pelo que um Estado Contratante cujas indústrias do *copyright* se sintam prejudicadas pelas leis nacionais de outro Estado Contratante poderá solicitar à OMC o controlo de conformidade destas leis nacionais com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Em vista disto, antecipou-se um movimento forte de “caça às exceções”. A este propósito interessa referir que o novo Tratado da OMPI (1996) sobre direito de autor também consagra expressamente a regra dos três passos (art. 10.º). Este Tratado destina-se a atualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Ora, em matéria de exceções, pode ler-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e exceções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contraentes configurar novas exceções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas exceções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, no *direito comunitário*, a diretiva sobre aspetos do direito de autor na sociedade da informação² harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a proteção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e proteção. Este ato de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”³. Em matéria de exceções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na diretiva sobre comércio eletrónico⁴. Além disso, prevê um catálogo exaustivo de exceções e limitações, de adoção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da *regra dos três passos*, isto é, “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

¹ Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e exceções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6), sendo que o Tratado OMPI sobre direitos conexos consagra, também neste domínio, a referida regra dos três (art. 16.º).

² Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

³ *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, p. 15-6.

⁴ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

Mas isto parece ser uma *contradição*. Com efeito, as exceções previstas na diretiva não são elas mesmas permitidas pela regra dos três passos? Que significado tem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as exceções possíveis? Poderá funcionar ainda como um critério que vincula os atos de legislação nacional que transpõem a diretiva? Ou tratar-se-á antes de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas diretivas sobre os programas de computador¹ e sobre as bases de dados²?

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

Isto significa, ainda, que as *exigências do comércio mundial* poder-se-ão sobrepor à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa e científica, instituindo exceções (art. 13.º). Historicamente, a lei dos direitos de autor prevê exceções ao exclusivo destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. Isto é, os direitos de autor comportam tradicionalmente exceções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação, nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas exceções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Além disso, os direitos de autor consagram exceções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.³

Ora, entre outros aspetos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor jogam um papel de extrema importância ao nível da formação de uma *opinião pública* crítica que é indispensável à existência de um genuíno diálogo democrático⁴. Além disso, os legisladores nacionais poderão querer utilizar as suas leis do direito de autor com vista à promoção da liberdade de navegação na Internet⁵, permitindo os atos de reprodução

¹ Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, art. 6.º, 3.

² Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, art. 6.º, 3.

³ Cfr. o nosso *Internet, Direito Autor e Acesso Reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, FDUC, Coimbra 1999, pp. 268 ss.

⁴ Refira-se que a diretiva comunitária, embora permita aos Estados-membros a adoção (e/ou a manutenção) deste tipo de exceções, também lhes permite, ao mesmo tempo, que não consagrem a licitude de atos de neutralização de sistemas técnicos de proteção das obras para os fins visados por essas exceções – além de que estende o regime de proteção destes sistemas ao direito especial do fabricante de bases de dados instituído pela Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, que em larga medida poderá “eclipsar” esses fins sociais do direito de autor. Sobre esta problemática *vide*, por exemplo, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV, 1999, pp. 475 ss.

⁵ *Vide* o nosso *A Liberdade de Navegação na Internet*, Estudos de Direito da Comunicação, IJC, Coimbra, 2002.

meramente técnica, os atos de *descompilação* de *software* e regulando as proteções tecnológicas. Por um lado, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos atos de reprodução temporária¹. Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes². Um outro aspeto diz respeito à regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte eletrónico, bem como assim da proteção dos sistemas técnicos de proteção e identificação, que é indispensável para se impedir que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”, legitimando a chamada *eletrificação da rede*.³

Em face do direito comunitário, o *livre fluxo de informação* e a *liberdade de navegação* parecem já bastante comprometidas, uma vez que o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a proteção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam exceções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da proteção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação⁴. Pelo que essa *lógica*

¹ No direito comunitário, a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”), determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses atos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os atos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais atos. A Diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os atos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os atos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes (o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal).

² Neste sentido é de saudar a Lei Milénio Digital dos EUA que veio consagrar expressamente, em forma de lei, o *case law* deste país elaborado pela jurisprudência com base no princípio de *fair use*. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada na recente proposta de diretiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Vide o nosso *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, in Boletim da Faculdade de Direito, LXXVI, 2000, pp. 312 ss.

³ Pense-se na importância de decidir que exceções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados) deverão justificar a licitude de atos de neutralização (e de atividades acessórias) de medidas tecnológicas de proteção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de proteção for ilícita então de nada valerão as exceções ao direito de autor, não se prossequindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas exceções para o ensino à distância. Vide o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath & Saunders (eds.), London, Kluwer, 2001, pp. 65 ss.

⁴ De resto, um outro direito de proteção dos agentes deste mercado foi instituído pela Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica dos serviços de acesso condicional.

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

Mas, poderão as exigências mundiais do comércio levar a que a regra dos três passos não permita sequer o já apertado espaço de interesse geral deixado aos Estados-Membros pelas diretivas comunitárias?

Com efeito, a filosofia do Acordo TRIPs/ADPIC parece, em larga medida, tratar os direitos de autor como uma *mera mercadoria de comércio*¹, no que de resto não se afasta muito o legislador comunitário. Os direitos de autor parecem ser convertidos em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a *autoria*, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projeta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio., mas é significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral dos direitos de autor, bastando-se com o seu valor mercantil (art. 9.º, 1, 2.ª parte), segundo a mais estrita conceção do *copyright*. Com isso gera-se à escala mundial um direito de autor *imoral* ou *sem autor*.

A regra dos três passos em matéria de direitos de autor aplica-se, *mutatis mutandis*, em matéria de patentes, marcas e outros direitos de propriedade intelectual (arts. 17.º, 26.º, 2, 30.º).

Assim, por exemplo, em matéria de *marcas* dispõe-se que as exceções são permitidas, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que tenham em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros (art. 17). Isto levanta diversos problemas. Por exemplo, no direito comunitário a *utilização de marcas em publicidade comparativa* é admitida em determinadas condições restritas², mas, poderá a OMC considerar que o regime da publicidade comparativa previsto na diretiva não está em conformidade com a regra do Acordo ADPIC?

¹ Esta orientação parece informar também a Convenção relativa ao Cibercrime, adotada pelo Conselho da Europa em 23 de novembro de 2001, em Budapeste (*vide* Art. 10 relativo às ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais).

² *Vide* Diretiva n.º 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa). Com efeito, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na diretiva, já que o objetivo consiste unicamente em acentuar objetivamente as respetivas diferenças (cons. 14, 15). Entre nós, a publicidade comparativa está regulada no art. 16.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, segundo a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que *inter alia* transpõe a diretiva sobre publicidade comparativa. *Vide* o nosso *Publicidade comparativa*, IJC, Coimbra, 1993.

Ainda em matéria de marcas, uma questão que se coloca no domínio do comércio eletrónico resulta da utilização de marcas como metadados, incluindo a sua venda¹. Os metadados («*meta-tags*») são “etiquetas eletrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede, que permitem a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. De igual modo, coloca-se a questão da licitude da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da Internet, de modo a que sempre que num motor de pesquisa se procure uma determinada palavra protegida como marca certos sites apareçam nos primeiros lugares dos resultados de pesquisa ou então uma janela para esses sites seja automaticamente aberta.

É problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora nos inclinemos para o entendimento de que se poderá tratar de uma utilização publicitária de signos protegidos, reservada, nessa medida, ao respetivo titular de direitos, dentro dos limites da lei. Suponha-se, todavia, que uma legislação nacional de um Membro do Acordo ADPIC vem considerar lícita a utilização de marcas como metadados de modo a promover a liberdade de navegação na Internet: poderá a OMC considerar essa legislação contrária ao regime das marcas definido pelo ADPIC?, mas, sendo assim, não estará seriamente comprometido o princípio da territorialidade que tradicionalmente informa estes direitos de propriedade intelectual e não se estará a permitir injunções com efeito global, que proibem a utilização de marcas como metadados mesmo em países nos quais as marcas não são protegidas?

Um outro exemplo sobre o efeito globalizante do Acordo ADPIC pode colher-se no *direito de patente*. Este Acordo parece consagrar uma ampla noção de objeto patenteável, abrangendo as invenções não apenas de produtos, mas também de processos (art. 27.º, 1). Ora, uma questão muito debatida no espaço europeu prende-se com a patenteabilidade de processos e métodos funcionais de escrita de programas de computador (os algoritmos e outros elementos do código genético do *software*), tendo em conta o valor económico destas *informações tecnológicas*. Com efeito, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui dos objetos de patente os programas de computador, enquanto tais., mas, estará em conformidade com o Acordo ADPIC uma legislação que não permita a emissão de patentes para códigos de programação informática ao abrigo da referida Convenção de Munique? A questão é, de facto, muito atual, tanto mais que nos EUA se tem assistido a um crescente recurso à via da patente para proteger o *software* (incluindo os métodos de negociação na Internet), depois de a jurisprudência deste país ter deixado a descoberto a «*espinha dorsal*» dos programas aplicando-lhes critérios idênticos aos utilizados para as obras literárias ao nível da dicotomia ideia funcional / forma de expressão e julgando lícitas ao abrigo do *fair use* as práticas de engenharia regressiva para fins de

¹ Vide o nosso *Meta-tags, marca e concorrência desleal*, Direito Industrial, III, APDI, Almedina.

interoperabilidade informática, à semelhança do previsto na diretiva comunitária sobre a proteção dos programas de computador.¹

2. O GATT é animado pela filosofia do comércio livre à escala mundial. Nesse sentido, aponta no sentido da redução ou eliminação das taxas aduaneiras, de modo a que não existam fronteiras para o livre comércio. Vimos já que, ao mesmo tempo, institui um sistema global de propriedade intelectual, nos termos do qual essas barreiras são reerguidas ainda que agora em benefício direto de outros agentes, que não propriamente os Estados.

Todavia, podemos identificar novas formas de protecionismo, ainda que subtil. Pensamos nomeadamente na proteção do consumidor e da saúde pública. Estas medidas produzem efeitos significativos em matéria de comércio eletrónico, ao menos em termos de blocos regionais. Seguidamente apontam-se alguns exemplos da *subtileza do neo-protecionismo*.

2.1. Para começar, *a propósito da proteção do consumidor* (... incluindo o investidor) institui-se um sistema regulador com efeitos protecionistas, em especial no domínio do comércio eletrónico². Com efeito, o direito comunitário tem sido animado pela cruzada da defesa do consumidor. Este propósito tem legitimado a intervenção do legislador comunitário, através da adoção de medidas de harmonização, as quais prosseguem um elevado nível de proteção, não obstante serem muitas vezes medidas de harmonização mínima deixando aos Estados-Membros a possibilidade de praticarem padrões normativos de proteção dos consumidores ainda *mais elevados*.

Exemplos desta política comunitária de proteção do consumidor, que todavia tem manifesto relevo mercantil (e por isso a sua adoção se justificou), são nomeadamente a diretiva sobre *cláusulas abusivas*³ e a diretiva sobre *contratos à distância*⁴. Ambas têm manifesto interesse no domínio do comércio eletrónico com consumidores, consagrando normas imperativas de proteção. Em especial, a diretiva sobre contratos à distância confere ao consumidor um prazo mínimo de sete dias úteis para “rescindir” o contrato celebrado, por exemplo, pela Internet (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta diretiva⁵, alargou o prazo mínimo para 14 dias.

Só por si, esta regra poderia levar muitas empresas a ponderar os custos de comercializar eletronicamente bens junto dos consumidores europeus, uma vez que correm o risco de ver as encomendas desfeitas pelo consumidor no referido prazo, sem necessidade de justificação. Acresce que, para além de outras normas substantivas de

¹ Vide, desenvolvidamente, o nosso *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, Direito Industrial, I, APDI, Coimbra, 2001, pp. 387 ss.

² Vide o nosso *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in Estudos de Direito do Consumidor, II, Centro de Direito do Consumo - FDUC, Coimbra, 2000, pp. 43 ss.

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

⁴ Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

⁵ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril.

proteção do consumidor previstas nomeadamente na diretiva sobre comércio eletrónico¹, o Regulamento 44/2001² vem estabelecer a *competência judiciária dos tribunais dos países do domicílio dos consumidores* (art. 16.º), além de que a Convenção de Roma³ prevê a possibilidade de *aplicação da lei do seu domicílio* (art. 5.º), a qual deverá respeitar os mínimos da diretiva sobre contratos à distância. Estas regras são adotadas em nome do *princípio da proteção da parte mais fraca*, que justifica desvios ao sacrossanto princípio da liberdade contratual, constituindo parte essencial do acervo contratual comunitário.⁴

Isto significa que quem pretender fazer comércio eletrónico com consumidores europeus vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as ordens jurídicas do domicílio dos consumidores, para além de ter que cumprir as normas de proteção dos consumidores, como a referida regra de possibilidade de rescisão dos contratos. Pelo que a política comunitária de proteção do consumidor acaba por ter um efeito protecionista, ainda que subtil, surgindo como um *obstáculo* ao livre comércio.

2.2. Depois, a propósito da proteção da *saúde pública*, a regulação de certas atividades também produz efeitos protecionistas, que se sentem especialmente no domínio do comércio eletrónico. Um exemplo desta política de proteção da saúde pública com efeitos restritivos é o regime da comercialização de medicamentos, em especial pela Internet.⁵

Com efeito, o regime de compra e venda de medicamentos pela Internet parece ser bastante restritivo, sobretudo nas relações com consumidores. Efetivamente, no que respeita às relações com o público utente (B2C) o *distribuidor por grosso* de medicamentos de uso humano não pode vender diretamente ao público, uma vez que *só o pode fazer a farmácias* ou a outros estabelecimentos de distribuição por grosso de medicamentos de uso humano, segundo o regime jurídico da distribuição por grosso de medicamentos de uso humano⁶ (art. 12.º, 1-e). Além disso, segundo o Estatuto do Medicamento⁷, os fabricantes, importadores e grossistas só podem vender medicamentos diretamente às farmácias (art. 62.º). Ora, se estes agentes não podem vender medicamentos ao público pelas vias tradicionais, então *por maioria de razão* também não podem fazer pela Internet.

¹ Vide arts. 10.º e 11.º relativos às informações a prestar e à ordem de encomenda, respetivamente.

² Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

³ Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de maio de 1992.

⁴ Vide o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, Estudos de Direito do Consumidor, III, Centro de Direito do Consumo - FDUC, Coimbra, 2001, pp. 281 ss.

⁵ Para desenvolvimentos vide o nosso *Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet*, in Textos de apoio ao 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

⁶ Decreto-Lei n.º 135/95, de 9 de junho, transpõe a Diretiva 92/25/CEE do Conselho, de 31 de março de 1992. O regime jurídico do exercício farmacêutico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968, estabelecia já antes que os laboratórios de produtos farmacêuticos e todos os estabelecimentos que se dediquem ao comércio por grosso de medicamentos e de substâncias medicamentosas não podem vender esses produtos diretamente ao público (art. 103.º).

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/91, de 8 de fevereiro, com alterações posteriores

Mas, afinal, quem pode vender diretamente medicamentos ao público? A esta questão responde o regime jurídico do exercício farmacêutico¹, nos termos do qual só os farmacêuticos podem distribuir medicamentos ao público (art. 1, 1). E parece que os farmacêuticos não podem vender medicamentos pela Internet, uma vez que a lei do exercício farmacêutico estatui que o aviamento de receitas e a venda ou entrega de medicamentos ou substâncias medicamentosas ao público são atos a exercer exclusivamente nas farmácias pelos farmacêuticos ou pelos seus diretos colaboradores (art. 29.º, 1), uma vez que os sites da Internet parecem ser estranhos ao *conceito normativo de farmácia*, que se afigura dificilmente coadunável com um sistema de acesso universal às farmácias, em que cada site da Internet pode ser acedido por qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. Com efeito, parece a lei exigir a *presença física simultânea das partes* no ato de compra e venda ao público de medicamentos para uso humano, não se distinguindo os medicamentos de venda livre dos que carecem de receita médica.² *Esta proibição de venda de medicamentos ao público pela Internet vale não apenas para as farmácias portuguesas, mas também para as farmácias estrangeiras que operam na Internet.*

Isto não significa que o farmacêutico não possa ter um site *passivo*, isto é, um site que contém apenas informação sobre a farmácia e os respetivos produtos. A questão coloca-se sobretudo no que toca a saber se a página é *publicidade* ou se pode conter publicidade. Com efeito, o art. 106.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos³, dispõe que é proibida a publicidade, por qualquer meio, da atividade profissional. A nosso ver, esta norma não proíbe um site passivo, meramente informativos, uma vez que um tal site deverá ser equiparado às *indicações inerentes ao exercício profissional*, nomeadamente letreiros, impressos e outros documentos, os quais devem ser redigidos de forma a não afetar a dignidade profissional (art. 106.º, 2, do Estatuto). De resto, a diretiva sobre comércio eletrónico⁴ define, no art. 2.º, f), a publicidade ou *comunicação comercial* como todas as

¹ Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968.

² Apesar disto, talvez fosse interessante, numa primeira fase, alargar a experiência da Pharma 24 aos meios eletrónicos e interativos, acautelados todos os interesses envolvidos. Por exemplo, no que respeita à proteção dos dados pessoais. Por dados pessoais entende-se qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. Cfr. Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados). Veja-se, também, o regime do tratamento dos dados pessoais e da proteção da privacidade no setor das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de outubro, que transpõe a Diretiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997). Refira-se, ainda, a Decisão da Comissão de 26 de julho de 2000 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de "porto seguro" e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América. No plano internacional pode ver-se, nomeadamente, a *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro.

⁴ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ("Diretiva sobre comércio eletrónico").

formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato. Ora, a mesma norma desta diretiva dispõe expressamente que *não constituem comunicações comerciais*: as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico (1), e as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (2). A nosso ver, caem no *âmbito negativo* desta definição os *sites meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, isto é, os sites que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet.

Além disso, a diretiva sobre comércio eletrónico introduz novidades neste domínio, no sentido de permitir a *publicidade de profissões regulamentadas na Internet*. Com efeito, segundo o art. 8.º, cabe aos Estados-Membros assegurar que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão. Neste contexto, o n.º 2 prevê que as associações e organizações profissionais deverão ser incentivadas a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial. Em vista disto, parece que os sites ativos de farmacêuticos serão lícitos, podendo incluir mensagens de natureza promocional segundo os parâmetros a definir por códigos de conduta.¹

III. Conclusão

As novas possibilidades tecnológicas oferecidas pela chamada convergência multimédia (informática, audiovisual e telecomunicações), num quadro da interoperabilidade permitido pela tecnologia digital, tornaram possível a (r)evolução da Internet. Em poucos anos, os interesses comerciais dominaram a rede, não apenas através da criação de empresas tecnológicas, mas também na migração para o mercado digital das empresas eletrónicas. A Internet transformou-se, assim, na «praça global» do comércio eletrónico, direto ou indireto, B2B ou B2C.

Por outro lado, a dimensão mundial do comércio eletrónico suscita questões delicadas ao nível da regulação da Internet. Paradoxalmente, ao mesmo tempo que se afirma um aparente estado de “anarquia em linha” é notória a afirmação de novas zonas de soberania, servindo de exemplo o regime dos nomes de domínio.

Para além disso, procurámos denunciar o mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet, através da análise da substituição das taxas públicas pelas rendas privadas no Acordo sobre aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS), em especial no que respeita ao

¹ O regime jurídico da publicidade de medicamentos para uso humano é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 100/94, de 19 de abril, alterado pelo DL 48/99, de 16 de fevereiro, transpondo a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março.

direito de distribuição (e o não esgotamento dos direitos no comércio eletrônico) e às exceções aos direitos de propriedade intelectual (em que as as exigências do comércio mundial parecem pautar a regra dos três passos). Vimos ainda que o mito do comércio livre depara com a subtileza do neo-protecionismo, intervindo ora a propósito da proteção do consumidor (... incluindo o investidor) ora a propósito da proteção da saúde pública, tendo-nos servido de exemplo o caso da comercialização de medicamentos na Internet.