

# A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NO QUADRO DA DIRECTIVA SOBRE O COMÉRCIO ELECTRÓNICO\*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: Introdução. §I. Sociedade da informação e economia digital. §II. Comércio electrónico: caracterização geral e leque de questões jurídicas. §III. O novo Direito Electrónico: directivas comunitárias e medidas nacionais. §IV. Serviços da sociedade da informação: noção e modalidades. §V. O conceito (caleidoscópico) de consumidor. §VI. Sequência. §VII. O princípio do país de origem e o nível de protecção dos consumidores. §VIII. Contratos por correio electrónico e a (des)protecção do consumidor. §IX. Publicidade por correio electrónico (*marketing* directo). §X. Contratos à distância. §XI. Contratos de Adesão na Internet. §XII. Responsabilidade do produtor de *software*. Bibliografia. *Abstract*.

*Sumário: Este trabalho versa sobre a problemática da protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico. 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 electrónica 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 Directivas já aprovadas no domínio das comunicações electrónicas, a que se juntam outras medidas ainda em discussão; no plano interno, sucedem-se as iniciativas jurídico-políticas (Iniciativa Nacional do Comércio Electrónico, Iniciativa Internet – Portugal Digital), ao mesmo tempo que se vai desenhando, ainda que fragmentariamente, o leque de soluções jurídico-legais do direito electrónico.*

*Assim, interessa fazer uma breve caracterização do comércio electrónico e apontar as suas modalidades principais. Seguidamente, analisar a noção jurídica de serviços da sociedade da informação, na qual se baseia o comércio electrónico, procurando apresentar um catálogo de exemplos das actividades económicas abrangidas por estes serviços. Por outro lado, revisitaremos o problema do conceito caleidoscópico de consumidor, sendo de referir que a Directiva comunitária acrescenta mais uma definição legal de consumidor às já existentes quer no direito comunitário quer no direito interno.*

*A Directiva sobre o comércio electrónico prossegue o objectivo de um “alto nível de protecção dos consumidores” em ordem a criar um ambiente jurídico favorável ao seu florescimento. Todavia, para além das Directivas sobre contratos à distância, cláusulas*

---

\* *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, CDC/FDUC, Coimbra, 2000, 43-140.

*abusivas e acções 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 Directiva sobre o comércio electrónico parecem não atender àquele objectivo principal, nomeadamente quando se trata de contratos negociados e celebrados exclusivamente por meio de correio electrónico. Um outro aspecto de alcance mais geral e que também é aqui tratado diz respeito à alegada redução do nível de protecção 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 milénio<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo afirma-se a emergência da economia digital<sup>2</sup>, em virtude da “informatização da sociedade e da economia” operada pela “revolução” das tecnologias da informação e da comunicação.<sup>3</sup>

O crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio electrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI (*Electronic Data Interchange*). Em vista disso, desenvolveram-se esforços internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio electrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos.<sup>4</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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 Acção da Comissão *A Via Europeia para a Sociedade da Informação - plano de acção*, COM(94) 347 final, 19.07.1994; Livro Branco da Comissão *Aprender na Sociedade da Informação — Plano de acção 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, 24.0.1996; 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 Acção Evolutivo*, COM(94) 347, 19.07.1994.

<sup>2</sup> *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Para um quadro geral de problemas do comércio electrónico, com especial ênfase na problemática da protecção dos consumidores, poderá ver-se também o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Segurança Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1999, em que nos basearemos em alguns passos deste trabalho.

criptográficos, com função de autenticidade, integridade e confidencialidade dos dados electronicamente transmitidos. Com efeito, as redes electrónicas 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 electrónico será um dos principais motores da sociedade global da informação. [...] Para aproveitar devidamente as oportunidades comerciais oferecidas pelas comunicações electrónicas 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.”<sup>5</sup>

Por outro lado, a expansão da Internet como infra-estrutura global do comércio electrónico 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 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.<sup>6</sup>

2. Definir o comércio electrónico é tarefa difícil e complexa. Não há consenso quanto a uma noção unitária desta realidade em virtude da variedade de actividades que pode abranger. Todavia, em termos gerais e puramente para efeitos expositivos, podemos caracterizar o comércio electrónico como a negociação realizada à distância por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. Dentro das diversas actividades que abrange são de destacar o comércio electrónico de bens e serviços, a entrega em linha de conteúdo digital multimédia, as transferências financeiras electrónicas, o comércio electrónico de acções, conhecimentos de embarque electrónicos, leilões comerciais, concepção e engenharia em cooperação, pesquisa em linha das melhores fontes para aquisições (*sourcing*), contratos públicos, comercialização directa ao consumidor e serviços pós-venda.

Depois, distinguem-se fundamentalmente duas modalidades de comércio electrónico. Por um lado, o comércio electrónico *indirecto*, ou seja, a encomenda electrónica de bens,

---

<sup>5</sup> *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — 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.

<sup>6</sup> Cfr. *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação – para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final.

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 electrónico *directo*, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa (em linha) de bens incorpóreos, como programas de computador, conteúdos de diversão ou serviços de informação. O comércio electrónico indirecto está dependente de vários factores externos, como a eficácia do sistema de transportes. Pelo contrário, o comércio electrónico directo explora todo o potencial dos mercados electrónicos mundiais, uma vez que permite transacções electrónicas sem descontinuidades à escala global, isto é, sem fronteiras geográficas.<sup>7</sup>

3. A promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes. Este ambiente de confiança favorável ao crescimento do comércio electrónico requer a criação de um quadro jurídico adequado à protecção 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 electrónico<sup>8</sup>.

Esse quadro deverá atender, por um lado, a certas questões específicas do comércio electrónico, como sejam a validade dos contratos celebrados à distância por via electrónica, o valor jurídico das assinaturas digitais e dos serviços de certificação e, ainda, o regime da actividade das instituições de moeda electrónica. Por outro lado, o comércio electrónico 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 actuam como meros intermediários de informação digital.

Um outro grupo de interesses cuja protecção é essencial ao florescimento do comércio electrónico 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 electrónico, destacando-se a problemática da comunicação comercial (a

---

<sup>7</sup> Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final.

<sup>8</sup> 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 Electrónico*, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, e o respectivo *Documento Orientador*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99. No plano comunitário, veja-se especialmente a referida *Iniciativa europeia para o comércio electrónico*, 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.

chamada infopublicidade) e a protecção dos serviços de acesso condicional. Neste último grupo de sujeitos encontram-se os consumidores, cuja confiança jurídica constituirá um factor essencial do alargamento e do aprofundamento do comércio electrónico.

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 adoptadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Assim foram adoptadas Directivas, por exemplo, sobre Bases de Dados Electrónicas (96/9/CE), Protecção 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 Electrónicas (1999/93/CE). Além disso, foram apresentadas propostas de directivas sobre Direitos de Autor na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10.12, alterada, COM(99) 250 final] e, outras, especificamente sobre Comercialização à Distância de Serviços Financeiros [COM(98) 297 final, 13.5] e sobre Comércio Electrónico [COM(98) 586 final, 18.11], entretanto alterada [COM(99) 427 final] e já aprovada: a “Directiva sobre o comércio electrónico”.<sup>9</sup>

Entre nós, a necessidade de se viabilizar o comércio electrónico 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 Electrónico, definindo-lhe como objectivos genéricos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico<sup>10</sup>. Nesse quadro incluir-se-iam o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e às assinaturas digitais, bem como à factura electrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transacções efectuadas por via electrónica, à protecção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à protecção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adoptados vários diplomas, nomeadamente, sobre a protecção dos dados pessoais<sup>11</sup>, normas técnicas<sup>12</sup> e bases de

---

<sup>9</sup> Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

<sup>10</sup> Resolução n.º 115/98, DR n.º 201, I, Série B, 1.9.1998.

<sup>11</sup> Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro.

<sup>12</sup> Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril.

dados<sup>13</sup>, que se destinam, no essencial, a transpor Directivas. Além disso, foi aprovado o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais<sup>14</sup>, procedeu-se à equiparação da factura electrónica à factura em suporte papel<sup>15</sup>, tendo sido aprovados, ainda, o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico<sup>16</sup> e, mais recentemente, a Iniciativa Internet - Portugal Digital<sup>17</sup>.

5. O comércio electrónico é baseado nos chamados serviços da sociedade da informação. Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados electrónicas em linha<sup>18</sup>. Mas como se definem estes serviços?

Entre nós, o regime dos operadores de rede de distribuição por cabo<sup>19</sup> previa já os serviços interactivos de natureza endereçada acessíveis quer mediante solicitação

---

<sup>13</sup> Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro (regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de Outubro) .

<sup>16</sup> Resolução do Conselho de Ministros 94/99.

<sup>17</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000.

<sup>18</sup> As bases de dados electrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual. Cfr. Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro e Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, que transpõem, respectivamente, a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, e a Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. 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.

<sup>19</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro. Porém, os serviços interactivos 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, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos por meios radioeléctricos e por outros sistemas electromagnéticos.” Relativamente ao segundo, por redes de telecomunicações entende-se, nos termos do art. 2.º, 7, “o conjunto de meios físicos, denominados infra-estruturas, ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção 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 electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos, por meios radioeléctricos e por outros sistemas electromagnéticos, 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, respectivamente: 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 recepção 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 respectivas 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 susceptível 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 recepção 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 respectivo 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 interactividade: 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 interactividade, 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 à 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 electrónicos de informação em linha, a televisão interactiva e, de um modo geral, os teleserviços (por exemplo, o teleanco, a telemedicina, a teleconsultadoria, a telepedagogia, áudio-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?

individual (tais como os serviços da Internet e de vídeo a pedido) quer mediante acto de adesão, e a possibilidade de ligações bidireccionais para transmissão de dados, autorizando a sua oferta pelos operadores de rede de distribuição por cabo. 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

---

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 “infra-estruturas da informação e da comunicação” e os serviços que as compõem. Trata-se das “auto-estradas 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 susceptíveis 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 electrónica de dados informatizados). Pense-se, ainda, na video-conferência e no correio electrónico. 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 infra-estrutura 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 Directiva 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 directas ao público, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens móveis, direitos e obrigações, a troco 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 actividade 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 à distância constante da Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços de acesso condicional. Note-se, ainda, que os serviços de televendas não se confundem com as técnicas de comunicação à distância que utilizam, sendo de referir que a Directiva Contratos à Distância (Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância) contempla no catálogo indicativo das técnicas de comunicação à distância (art. 2.º, 4, e Anexo I) o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio electrónico, 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 colectiva, pública ou privada, cuja actividade profissional consista em pôr à disposição dos fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância”, nos termos do art. 2.º, 5, Directiva 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 teleserviço. 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 Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro) poderá ser aplicável a certas formas de teleserviços. O que se revestirá de especial importância como medida de protecção do consumidor no âmbito do comércio electrónico, como veremos. Sobre a determinação dos serviços em linha interactivos em face da nossa lei das telecomunicações, cfr. o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 81 e seg.



versão alterada<sup>20</sup>, a Directiva sobre o comércio electrónico<sup>21</sup> não define os serviços da sociedade da informação, limitando-se a remeter para o conceito anteriormente firmado nas Directivas sobre transparência técnica<sup>22</sup> e sobre protecção dos serviços de acesso condicional<sup>23</sup>. Ora, a primeira destas Directivas foi recentemente transposta para a ordem jurídica interna. Nos termos do diploma de transposição<sup>24</sup>, constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica 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 electrónica (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 electrónica” significa um serviço enviado na origem e recebido no destino por meio de equipamentos electrónicos de tratamento (incluindo a compressão numérica ou digital) e de armazenagem de dados, inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por fios, por rádio, por meios ópticos ou por quaisquer outros meios electromagnéticos; 3.º “mediante pedido individual de um destinatário de serviços” significa um serviço fornecido por transmissão de dados a pedido individual. Um quarto elemento natural destes serviços, embora não essencial, é a sua prestação mediante remuneração.<sup>25</sup>

Por outro lado, esta caracterização de serviços à distância parece corresponder à noção de “teleserviços” constante da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços<sup>26</sup>. Visando estabelecer condições económicas uniformes para as várias aplicações dos serviços electrónicos de informação e comunicação (§ 1), a TDG define os teleserviços, aos quais se aplica, como “todos os serviços electrónicos 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

---

<sup>20</sup> Proposta alterada de directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico [COM(99) 427 final]. Sobre a versão inicial poderá ver-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, com mais referências.

<sup>21</sup> Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

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

<sup>23</sup> Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

<sup>24</sup> Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril.

<sup>25</sup> A interactividade é uma característica típica dos serviços da sociedade da informação. A noção destes serviços remonta à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que alterava pela terceira vez a Directiva 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 electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.

<sup>26</sup> *Teledienstegesetz* (TDG), Artigo 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG), de 1 de Agosto de 1997.

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 electronicamente acessíveis e com acesso interactivo e a possibilidade de encomenda directa. 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 actualmente definidos no Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril<sup>27</sup>. Além disso, esta definição de serviços da sociedade de informação corresponde ao *acquis communautaire* do direito da sociedade da informação, tendo sido retomada pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, e, mais recentemente, pela Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”).

Apesar de a Directiva sobre o comércio electrónico remeter para a noção comunitária de serviços da sociedade da informação, fornecida pelas Directivas sobre normas técnicas e 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 electrónico 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 actividades económicas, como sejam, nomeadamente: a venda

---

<sup>27</sup> Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998.

de mercadorias em linha (1); serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, na medida em que sejam actividades 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 Directiva sobre comércio electrónico (cons. 18) esclarece que a noção de serviços da sociedade da informação não abrange diversas actividades, como sejam: os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados (1); actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha (2); a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, dado não serem prestados mediante pedido individual (3)<sup>28</sup>; a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade 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 actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, 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 protecção do consumidor de serviços da sociedade da informação interessa, por outro lado, saber o que se entende por consumidor<sup>29</sup>. A Directiva sobre o comércio electrónico oferece mais uma noção de consumidor, definindo-o como qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> 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 Directiva Televisão, que contempla regras, *inter alia*, sobre patrocínio publicitário e televendas (Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997).

<sup>29</sup> 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 electrónico, cit.*, p. 86 e seg..

<sup>30</sup> Directiva sobre o comércio electrónico, art. 2.º-e)

Esta noção aproxima-se da prevista na Directiva sobre contratos à distância<sup>31</sup>, que dispõe no art. 2.º, 2, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional. O termo profissional encontra-se definido na al. c) da Directiva sobre cláusulas abusivas<sup>32</sup>, dispondo que por profissional entende-se, para efeitos desta directiva, qualquer pessoa singular ou colectiva que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, seja activa no âmbito da sua actividade profissional, pública ou privada.

Mas, há ainda outras noções de consumidor no direito comunitário. Assim, por exemplo, a Directiva Viagens Organizadas<sup>33</sup> dispõe, no art. 2.º, 4, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, 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 Directiva sobre o comércio electrónico.

Por outro lado, a noção de consumidor fornecida pela Directiva sobre o comércio electrónico 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 protecção do utente de serviços públicos<sup>34</sup>, estabelece, em certos termos, a gratuitidade do fornecimento ao consumidor da facturação 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 Consumidor<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

<sup>32</sup> Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

<sup>33</sup> Directiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de Junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados.

<sup>34</sup> Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

<sup>35</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. A actual 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 carácter profissional uma actividade 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 colectivas 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.

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 abstracto, nada parece obstar a que as pessoas colectivas possam, de igual modo, destinar bens, serviços ou direitos a uso não profissional. Mas, mesmo no caso de só serem previstas pessoas 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 actividades a cujo exercício se destina o uso desses bens? E se se tratar de actividades 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 actividade 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 subjectivo do acto 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 protecção 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 colectiva, privada ou pública, que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios<sup>36</sup>. Apesar de ser mais ampla, esta

---

<sup>36</sup> 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 protecção 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 electrónico dominado pela tecnologia "push", evidenciando, justamente que: "Proteger o consumidor é [...] proteger o acto de comunicação" (António

noção parece abranger a definição de consumidor fornecida pela Directiva sobre o comércio electrónico, nos termos da qual será consumidor qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional<sup>37</sup>.

---

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 protecção 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, excepto 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 directiva 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 protecção 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 constrói-se "a propósito" do consumidor. Mas, não havendo nem sendo desejável uma noção jurídica estável de consumidor (o beneficiário virtual de protecção e justificativo da regulamentação), o direito do consumo, só por coincidência, será verdadeiramente um direito de protecção dos consumidores. Daí a teoria de protecção 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 protecção 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 protecção 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 actualizar 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 heterogéneos 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 actual contexto económico-social e ousar lançar setas no devenida 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 designio: 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 protecção 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 protecção 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, respectivamente, 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 dialéctica hegeliana do Senhor e do Servo, enunciavam-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 *acto de consumo*, o qual se pode definir como a utilização de um bem económico, ou de um serviço, na satisfação directa de uma necessidade (Galhardo, *Consumo, in Verbo - Enciclopédia Luso-Brasileira*, 5, 1531). Ora, no acto de consumo são discerníveis, por um lado, o sujeito (o consumidor), e, por outro, o objecto (o bem consumido). Sendo que se fundem no acto pela presumida aptidão do segundo para a satisfação de uma necessidade do primeiro — e que influem ambos na caracterização desse mesmo acto, que o direito visa tutelar. No que toca ao *lado subjectivo* do acto 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 selectivo, que filtre e distinga o consumo digno de tutela, daquele outro 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 "restritivo perhé 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 objectivo* do acto 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 subjectivo do acto de consumo por referência ao seu lado objectivo. Por outras palavras, parece que a qualidade de sujeito de um acto 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 efectivo 'consumo' desse bem, mas antes o impacto que tal acto 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 *reductor* das exigências que o acto de consumo põe ao direito. É que, a protecção do consumidor não se esgota num cálculo das utilidades marginais obtidas com a aquisição de um bem.

Importa, pois, compreender o acto de consumo na sua plenitude de sentido. O que nos leva a começar por perguntar pelas *condicionantes* ou *envolventes* da formação do acto de consumo. Perguntar, enfim, pelo Homem, e questionar: é o acto 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 Indústria 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 actualiza 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 *profundiade 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 acto 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-os-outros. Em causa está reger um *acto de comunicação* — o acto de consumo —, que afecta 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 objectiva 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 protecção 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 determinados 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 actual, 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 Directivas comunitárias mediante leis avulsas, engrossando o volume das colectâneas 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 mezza*.

<sup>37</sup> Directiva sobre o comércio electrónico, art. 2.º-e)



8. Em ordem a criar um ambiente jurídico de confiança, a defesa do consumidor é um aspecto fundamental da promoção do comércio electrónico<sup>38</sup>. Dentro do amplo leque de medidas que compõem o acervo comunitário de protecção dos consumidores<sup>39</sup>, abordaremos fundamentalmente duas medidas com relevo contratual: as Directivas Contratos à Distância<sup>40</sup> e Cláusulas Abusivas<sup>41</sup>. A Directiva sobre o comércio electrónico ressalva o acervo comunitário essencial para a protecção do consumidor constituído por estas Directivas, considerando-as integralmente aplicáveis aos serviços da sociedade da informação<sup>42</sup>. Outros aspectos que focaremos dizem respeito à publicidade domiciliária por *marketing* directo e ao problema da aplicação do regime da responsabilidade do produtor aos conteúdos informativos transaccionados electronicamente, em especial quando se trata de programas de computador.

---

<sup>38</sup> Sobre esta matéria veja-se António Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 155 s; poderá ver-se também o nosso *Comércio Electrónico 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.

<sup>39</sup> Para além das medidas que serão referidas no texto, veja-se, especialmente, com relevo no domínio das comunicações electrónicas: Directiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de Junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (no direito interno, veja-se o Regime de acesso e exercício da actividade de agências de viagens e turismo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 209/97 de 13 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 12/99 de 11 de Janeiro); Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, transposta pelo Decreto-Lei n.º 162/99 de 13 de Maio, que altera o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril; Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998 (no direito interno, veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro); Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores; Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; Directiva 84/450/CEE do Conselho de 10 de Setembro de 1984 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Outubro de 1997 para incluir a publicidade comparativa; Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997; Directiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de Março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano; Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (no direito interno, veja-se o Código da Publicidade).

<sup>40</sup> Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

<sup>41</sup> Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

<sup>42</sup> Veja-se, também, a Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos 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*.

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*<sup>43</sup>; depois, prescreve o critério da *culpa in vigilando* para os conteúdos de terceiros no contexto da "edição electrónica" e exclui a sua responsabilidade nos casos de simples prestação de acesso a conteúdo de terceiros<sup>44</sup>. Não obstante, este precedente de direito comparado não deixa de ser problemático, ao excluir, por argumento *a contrario*, o regime jurídico da responsabilidade do produtor<sup>45</sup>, 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 electricidade que não é excluída da noção de produto consagrada na directiva<sup>46</sup>. Além do mais, distingue a mera prestação de serviço de acesso da distribuição de produtos de informação via electrónica, 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 electrónico. 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 alemã<sup>47</sup>. Todavia, a dimensão de serviços envolvida e a natureza incorpórea destes produtos são dois argumentos favoráveis à exclusão do regime da responsabilidade objectiva 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 Directiva. Os poucos comentadores que se manifestaram sobre o assunto até agora estão divididos."<sup>48</sup>

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 questão horizontal, que tem a ver com a responsabilidade extracontratual na Internet e

---

<sup>43</sup> Cfr. § 5(1) TDG.

<sup>44</sup> Cfr. M. Schaefer / C. Rasch / T. Braun, *Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern*, ZUM 1998, p. 452.

<sup>45</sup> Veja-se, entre nós, o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 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 responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

<sup>46</sup> Cfr. G. Vandenberghe, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 402 ("Products also include electricity").

<sup>47</sup> Cfr. G. Spindler, *Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet*, MMR 1998, p. 23.

<sup>48</sup> G. Vandenbergue, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 402.

com a aplicação neste domínio de regras válidas para outros meios de comunicação, por ex., a radiodifusão audiovisual<sup>49</sup>. Como se deu conta no Livro Verde Convergência, referindo-se a este problema: “Em alguns casos pode haver o risco de, apesar das definições actuais, a nível comunitário, de actividades 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.”<sup>50</sup>

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 Directiva Publicidade Enganosa e Comparativa<sup>51</sup>. Além disso, o Código da Publicidade transpõe também regras da Directiva Televisão<sup>52</sup>, 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

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Livro Verde relativo à Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação — para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação, COM(97) 623 final, 3.12.1997, p. 22.

<sup>51</sup> Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, e a Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa. Sobre a directiva da publicidade (enganosa e) comparativa veja-se, por ex., Tilmann, *Richtlinie vergleichende Werbung*, GRUR Int. 1997, p. 790.

<sup>52</sup> Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997. Sobre a publicidade no direito comunitário veja-se ainda a Directiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de Março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco.

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 correctora, determinando o respectivo conteúdo, modalidade e prazo de difusão? E, para além das regras sobre a publicidade televisiva e as televendas, serão aplicáveis as regras do patrocínio, como, por exemplo, a que a Directiva Televisão alterada introduziu, no sentido de o permitir, em certos termos, a favor de entidades cujas actividades incluam o fabrico ou venda de medicamentos e tratamentos médicos<sup>53</sup>? E as regras relativas à “protecção dos menores e ordem pública”, no sentido de as emissões televisivas dos organismos de radiodifusão não incluírem quaisquer programas susceptíveis 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)?<sup>54</sup>

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”<sup>55</sup>. 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*)<sup>56</sup>

Em suma, a protecção do consumidor na Internet levanta diversas questões<sup>57</sup>. É uma questão importante saber quais os direitos dos consumidores no ambiente digital em rede interactiva. 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

---

<sup>53</sup> Cfr. art. 1.º, 19-b, Directiva 97/36/CE.

<sup>54</sup> Sobre esta questão veja-se o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 89.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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 receptor da radiodifusão e o assunto i.e. uma relação próxima de amor e afecto 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.

<sup>57</sup> 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.

estes que são explicitados na Lei de Defesa do Consumidor<sup>58</sup>, 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 protecção da inércia do consumidor, não tendo, 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 acção inibitória e a legitimidade processual activa dos consumidores directamente 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 gerais<sup>59</sup> às chamadas licenças *click-wrap*, ao nível não apenas da formação do contrato,

---

<sup>58</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, arts. 3.º a 15.º, art. 16.º.

<sup>59</sup> 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 Directiva 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 Directiva, 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 directiva 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 (excepto 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 excepção 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 Directiva, 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 Directiva 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 Directiva 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 Electrónico na Sociedade da Informação*, cit., p. 106: “A fórmula adoptada 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 Directiva, uma vez que a Directiva não se destina a regular tais “contratos individualizados”, mas antes as cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual, isto é, que tenham sido redigidas previamente e,

mas também do controlo do conteúdo e, ainda, a nível orgânico-processual (pondo-se, aqui, a questão da pertinência de um serviço electrónico 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*<sup>60</sup>.

É, portanto, amplo o leque de problemas que se abre no tratamento do problema da protecção jurídica do consumidor no domínio do comércio electrónico<sup>61</sup>. Além disso, será

---

consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2, Directiva 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 Electrónico na Sociedade da Informação, cit.*, p. 104 s; Idem, *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA, 1999, III, p. 987, em nota).

<sup>60</sup> Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 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 Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998).

<sup>61</sup> Por outro lado, o problema da protecção jurídica do consumidor de serviços da sociedade da informação deve ser enquadrado, actualmente, 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 actuar. Sendo que o sentido da sua actuação é já apontado pelo termo primeiro da enunciação do problema: a protecção 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 influxos provenientes de lugares dispersos do mundo da juridicidade por referência a uma intenção de justiça protectiva do acto 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 auto-estradas 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 electrónica, 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 factores económicos produtivos. Vale isto por dizer que o processo económico junta a informação aos seus meios tradicionais.

Ademais, o actual 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

---

directa concorrência empresas de media, de equipamentos electrónicos, 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 electrónicas, seja em linha, seja via CD-Rom, tornados possíveis pela tecnologia digital (pense-se na importância do *scanner*). Por outro lado, a publicação electrónica 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 interactiva, o correio electrónico, o *teleshopping* e o *telebanking*, 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-Analphabetismus* (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 actuar a intenção de justiça protectora 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 protecção 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 transacções comerciais entre oferentes e consumidores altera ou, pelo menos, afecta 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 actuais. Por outras palavras, dando-se o acto 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 electrónicas (*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 interactiva 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 electrónicos 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 multimedia, em que o único suporte são os impulsos energéticos que correm nos circuitos electrónicos da rede. Certos produtos como os *Browsers* e os *detectores de virus*, são distribuídos sobretudo na *Internet*, a fim de assegurar

de registar o trabalho que tem sido levado a cabo pelas instâncias comunitárias através da adopção 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 uma interpretação das cláusulas gerais conforme aos resultados prosseguidos por essas

---

a segurança das transacções. Porém, não se exclui a possibilidade de informações, em especial programas de computador, serem 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, garantindo-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 electrónica, incluindo a obtenção de crédito, sendo necessário apurar como valerão nesse domínio as regras do crédito ao consumo. Por último, a protecção 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 adjectivar, em termos orgânico-processuais, a sua significação substantiva, dando *viva vox* à máxima "a cada direito corresponde uma acção". 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 actuada no novo ambiente digital de convergência das telecomunicações, da informática, dos media, naquilo que se chamam as auto-estradas da informação ou a infra-estrutura 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 electrónico 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, o seu direito de resolução deve ser acutelado, 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 sobre-informação (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 protecção do consumidor no âmbito do comércio electrónico. 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 andróide, uma vez que proteger o *cyberconsumer* dos mercados virtuais é, ainda, proteger o acto de comunicação e, nessa medida, lutar pelo respeito da *dignitas* do Homem. Sem que essa protecção 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 protecção do consumidor impõe o acutelamento 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.



medidas<sup>62</sup>. Nesse sentido aponta o novo Código Civil da Holanda que acolhe “no seu seio o direito do consumo”<sup>63</sup>.

9. Apesar de todas as críticas de que foi alvo, a Directiva sobre o comércio electrónico acabou por consagrar o princípio do país de origem<sup>64</sup>. 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 Comissão<sup>65</sup> não satisfazia as exigências de uma política de protecção dos consumidores no domínio do comércio electrónico.<sup>66</sup> 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 afectados por várias razões<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533.

<sup>63</sup> 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).

<sup>64</sup> Directiva sobre o comércio electrónico, art. 3.º (mercado interno).

<sup>65</sup> Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno, Bruxelas, 18.11.1998, COM(1998) 586 final.

<sup>66</sup> 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 factores, 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 aspectos 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.

<sup>67</sup> Para começar, os prestadores destes serviços tenderiam a procurar estabelecer-se nos Estados-membros com padrões normativos de protecção 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 protecção 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 protecção dos consumidores quer em domínios não harmonizados quer em domínios sujeitos a

Efectivamente, 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 protecção 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 consumidores<sup>68</sup>.

Em nosso entender, porém, a questão não estaria tanto em saber quais as regras de protecção 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 protecção 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 objectivo de defesa do consumidor.<sup>69</sup> 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 actividades 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 electrónico ou por uma comunicação

---

medidas de harmonização mínima No que respeita aos primeiros, trata-se de actividades não cobertas por medidas de harmonização, sujeitas portanto ao critério de cada Estado-membro em sede de protecção do consumidor. Isto significaria tratar-se de áreas deixadas à discricionariedade de cada Estado-membro em matéria de adopção de regras de protecção 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 protecção dos consumidores mais exigentes de acordo com os respectivos padrões normativos, uma vez satisfeito o resultado mínimo de tutela pretendido pela medida de harmonização (como medidas de harmonização mínima, *vide*, em especial, as directivas sobre publicidade enganosa, contratos negociados fora dos estabelecimentos, crédito ao consumo, cláusulas abusivas, viagens organizadas, “time-sharing”, contratos à distância).

<sup>68</sup> Isto mesmo seria provado mediante exemplos concretos de legislação (ou disposições de auto-regulamentação que sejam bem observadas) de cada Estado-membro que estabelecessem padrões normativos elevados em matéria de protecção 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 bónus, etc.), do marketing directo (pelo “correio electrónico”), 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.

<sup>69</sup> Cfr. o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação*, *cit.*, p. 78-9.

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 fossem necessárias, adequadas e proporcionais a esse objectivo. 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 protecção 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 objectivo de defesa dos consumidores.

Ora, no essencial, a Directiva sobre o comércio electrónico seguiu a orientação imprimida já na Proposta, embora tenha melhorado substancialmente em termos de clareza formal<sup>70</sup>.

10. Não obstante, interessa considerar esta problemática, que é de grande importância para a protecção dos consumidores no comércio electrónico. O objectivo visado pelas organizações representativas dos consumidores consistia em que a promoção do comércio electrónico no espaço europeu não fosse feita à custa dos elevados níveis de protecção dos consumidores nos Estados-membros. Em causa estaria salvaguardar os mais elevados padrões normativos de protecção 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, excepções ao princípio do país de origem em sede de prestação de serviços da sociedade da informação.

---

<sup>70</sup> Cfr. Directiva sobre o comércio electrónico, art. 3.º (mercado interno).

Esta problemática punha em causa, desde logo, o princípio da subsidiariedade, pois que se o princípio do país de origem tivesse efectivamente o risco de supressão generalizada dos padrões normativos nacionais de protecção dos consumidores, então neste domínio as medidas de harmonização já adoptadas 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 directivas europeias (ainda que estas tivessem sido adoptadas 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 directivas. 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 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 Directiva), 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 protecção dos consumidores, e que o acervo comunitário, incluindo a Directiva sobre comércio electrónico, não seria suficiente para atender às especiais necessidades de protecção 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 excepção 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 protecção dos consumidores é aceite pelo Tribunal de Justiça Europeu como fundamento de justificação de tais limitações<sup>71</sup>, a verdade é que seria

---

<sup>71</sup> 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 actividades (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 directo e requerem a abolição de toda e qualquer discriminação contra a pessoa

necessário que as regulamentações nacionais que produzissem tais efeitos não se destinassem a acautelar interesses já protegidos pelo acervo comunitário neste domínio<sup>72</sup>.

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 protecção 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 protecção 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 Proposta<sup>73</sup> em termos de prevenir o risco de produção do referido efeito negativo.

---

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 protecção do interesse geral, tais como, nomeadamente, a protecção 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 objectivamente 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.

<sup>72</sup> Dentro do amplo leque de possibilidades que assim se abriria, importaria proceder à interpretação de diversos instrumentos normativos europeus e nacionais em abstracto 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 reforçam a protecção do consumidor dos serviços da sociedade de informação em confronto com a Directiva 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 Directivas 84/450/CEE, 10.9.84 (publicidade enganosa) e 97/55/CE, 6.10.97 (altera aquela para incluir a publicidade comparativa). Especial atenção deveria ser dada, ainda, à Directiva 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 Directiva 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 protecção dos consumidores está na agenda de prioridades do legislador nacional, seja no âmbito do projecto do código do consumidor, seja em especial no quadro das anunciadas medidas legislativas de defesa do consumidor no domínio do comércio electrónico. Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, 1.9, reafirmando “a necessidade de se viabilizar e dinamizar o comércio electrónico... num ambiente baseado na economia digital”, decidiu criar para o efeito a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, tendo por objectivos genéricos, *inter alia*, a definição de um quadro de base de regras harmonizadas relativas, nomeadamente, à defesa dos direitos dos consumidores (1-a/d).

<sup>73</sup> E retomadas pela Directiva sobre o comércio electrónico (art. 3.º, 4-a/i), ajuntando agora porém os investidores aos consumidores, o que se clarifica no preâmbulo: (cons. 27) “A presente directiva, juntamente com a Directiva 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 directiva 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 directiva 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*

11. A Proposta foi apresentada na sequência da Comunicação da Comissão *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*<sup>74</sup>, juntando-se a outras propostas neste contexto, em especial as relativas às assinaturas digitais e à moeda electrónica.<sup>75</sup> Destinava-se a promover o comércio electrónico por via da remoção dos obstáculos jurídicos existentes, os quais seriam responsáveis, *inter alia*, pela falta de confiança dos consumidores<sup>76</sup>.

Seguindo a proposta inicial, a Directiva sobre o comércio electrónico prescreve que o acesso à actividade de prestador dos serviços da sociedade da informação está sujeito ao princípio de não autorização prévia (art. 4.º, 1)<sup>77</sup>. 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 directiva; 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

---

*medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.” (itálico nosso).*

<sup>74</sup> COM(97) 157 final, 16.4.1997.

<sup>75</sup> Respectivamente: COM(98) 461 final, 21.09.1998; COM(98) 297 final, 13.05.1998.

<sup>76</sup> Para o efeito, propunha-se regular cinco aspectos jurídicos do comércio electrónico: o local de estabelecimento dos prestadores de serviços da sociedade da informação, a comunicação comercial (publicidade, marketing directo, etc.), a celebração de contratos por via electrónica (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).

<sup>77</sup> O prestador de serviços da sociedade da informação considera-se estabelecido no Estado-membro em que exerça, de forma efectiva, uma actividade 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 actividades, 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 Directiva sobre o comércio electrónico: “(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 efectiva de uma actividade 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 actividade 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 actividades relacionadas com esse serviço específico.”

domínio coordenado da directiva, cujo controlo pertencerá exclusivamente, portanto, ao “país de origem” (art. 3.º, 1 a 3)<sup>78</sup>.

Deste modo, parece que a protecção dos consumidores dos serviços da sociedade da informação ficará limitada ao “domínio coordenado” da proposta de directiva, 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 protecção dos consumidores no comércio electrónico será um dos objectivos da Directiva? E sendo-o, em que termos?

No considerando 6 da Proposta escrevia-se que “a directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a defesa do consumidor.”<sup>79</sup> A Proposta era pois informada por uma preocupação de garantir um elevado nível de protecção dos consumidores, prosseguindo tal objectivo através das regras específicas nela contidas, as quais acresceriam ao acervo comunitário em matéria de protecção do consumidor aplicável aos serviços da sociedade da informação, sendo de destacar as Directivas Cláusulas Abusivas (93/13CEE), Contratos à Distância (97/7/CE), Publicidade Enganosa e Comparativa (84/450/CEE e 97/55/CE), Viagens Organizadas

---

<sup>78</sup> Em ambos os casos são excepcionados os domínios previstos no anexo, como sejam, nomeadamente, os domínios relativos aos direitos de propriedade intelectual, à emissão de moeda electrónica, às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores e à autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico.

<sup>79</sup> Além disso, mais explicitamente, o ponto 7 da abordagem adoptada (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 directiva (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 directiva vai: - *reduzir os riscos de actividades ilegais* na Internet, prevendo um controlo efectivo das autoridades nacionais, directamente exercido na fonte das actividades (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 protecção 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 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 recepção; - *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 directiva 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 electrónica e se o consumidor tiver realizado, no seu país, os actos necessários à celebração do contrato. / Por último, atendendo à *rapidez* e ao *alcance* geográfico dos danos que as actividades ilícitas na Internet podem causar, é desejável que os Estados-membros permitam que o acto que estiver na origem do recurso a uma jurisdição nacional seja transmitido pelas vias electrónicas e redigido numa língua comunitária diferente da do Estado-membro da jurisdição.”

(90/314/CEE), Crédito ao Consumo (87/102CEE, com a redacção da 98/7/CE), Indicação de Preços (98/6/CE)<sup>8081</sup>.

---

<sup>80</sup> A estas medidas acresceriam outras adoptadas não a propósito da protecção do consumidor mas antes, em termos mais gerais, da saúde pública (Publicidade a Medicamentos e Tabaco: 92/28/CEE, 98/43/CE).

<sup>81</sup> Na perspectiva do BEUC, porém, a Proposta não seria sustentada por uma estratégia que assegurasse aos consumidores os benefícios potenciais do comércio electrónico, e ao mesmo tempo elevados padrões de marketing, condutas comerciais e protecção dos consumidores. Nesta abordagem, orientada por uma estratégia de política do consumidor na regulamentação do comércio electrónico, dever-se-ia evitar a redução dos padrões de protecção 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 electrónico. 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 electrónico. 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 protecção 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 protecção 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 auto-regulação 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 electrónico; 5.º a concorrência a que a Proposta conduz entre legislações de mais baixos níveis de protecção 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 electrónico em razão das tecnologias cada vez mais sofisticadas de processamento de dados e de personalização interactiva de mensagens. Ora, para superar estas insuficiências da Proposta de Directiva, 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 electrónico deveria ser suprimido da Directiva (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, factores como: a) a especificidade dos mercados visados, sujeitando-se os prestadores destes serviços a regras específicas consoante os respectivos 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 Directiva deveria prever uma obrigação de os prestadores de serviços actuarem lealmente e de cumprirem os mais elevados padrões de protecção, 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 transacções do comércio electrónico. 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 legais de marketing, através de uma alteração à Directiva 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.



Porém, na versão inicial, o art. 1.º, 3, previa que a directiva completaria o direito aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível existente de protecção da saúde pública e do consumidor, estabelecido pelos instrumentos comunitários, incluindo os que foram adoptados 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 protecção superiores aos do acervo comunitário. Todavia, não seguimos esta interpretação.<sup>82</sup> Com efeito, o propósito, exposto no plano dos motivos, de garantir uma elevada protecção dos consumidores analisava-se ainda, por outro lado, na delimitação do âmbito de aplicação da directiva proposta. Desde logo, este era limitado à livre prestação de serviços da sociedade da informação entre Estados-membros (art. 1.º, 1)<sup>83</sup>; além disso, assumia especial relevo o Capítulo IV relativo às exclusões do âmbito de aplicação e derrogações, que se justificariam em virtude do vasto âmbito de aplicação da directiva 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 directiva, entre outros, as actividades de serviços da sociedade da informação enunciadas no Anexo I, isto é, as actividades de notariado, representação e defesa de um cliente em tribunal, e as actividades de jogos a dinheiro, excepto as efectuadas para fins de comunicação comercial. A exclusão destas actividades 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 protecção equivalente dos objectivos 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

---

Assim, a posição inicial do BEUC atingia a Proposta de Directiva em dois aspectos 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 legais 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

<sup>82</sup> Cfr. o nosso *Comércio electrónico, cit.*, p. 63 ss.

<sup>83</sup> 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 electrónico, deveria ser garantida a coerência do 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).

solicitada por correio electrónico 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 recepção) exercer o controlo adicional da actividade dos prestadores destes serviços<sup>84</sup>. Pelo que, nestes domínios, não seria justificado o receio manifestado de redução dos padrões normativos de protecção 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 adopção, 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.º.<sup>85</sup> Não obstante, a adopção 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 adopção destas medidas restritivas ficaria sujeita a um quadro regulamentar de condições (art. 22.º, 3)<sup>86</sup>. Este terceiro grupo de derrogações suscitava algumas dúvidas quanto ao

---

<sup>84</sup> 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 protecção equivalente nos Estados-membros nos casos em que não fosse possível o reconhecimento mútuo (2), ou de disposições de directivas existentes claramente incompatíveis com o princípio do país de origem em virtude de preverem explicitamente a realização do controlo no país de origem (3).

<sup>85</sup> 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 directiva.

<sup>86</sup> 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 protecção da saúde e a ordem pública, em especial a protecção 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 objectivos (ordem pública, protecção do consumidor, protecção da saúde, etc.) ou que comportasse um risco sério e grave para a prossecução desses objectivos. Terceiro, tais medidas deveriam ainda ser proporcionais às razões que justificam a sua adopção. 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 adoptasse. Na verdade, previa-se que, antes da adopção de tais medidas, o Estado-membro de recepção (país de destinação) deveria solicitar ao Estado-membro de estabelecimento do prestador de serviços (país de origem) a adopção de medidas, sem que este as tenha tomado ou que o tenha feito em termos insuficientes; o Estado-membro de recepção 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 adoptadas 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,

seu sentido e alcance. A defesa do consumidor era apontada como uma das razões justificativas da necessidade de adopção 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 protecção 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 protecção 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 efectivamente 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 directiva proposta, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-membro. Parece assim que as medidas restritivas adoptadas por um Estado-membro em razão da necessidade de defesa do consumidor destes serviços deveriam integrar o domínio coordenado da directiva proposta<sup>87</sup>. Ora, justamente, poder-se-ia objectar 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 protecção do consumidor integraria este domínio<sup>88</sup>. Pelo que, em suma, se fosse de considerar que o domínio coordenado não

---

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 protecção de interesses essenciais da sociedade em cada Estado-membro. Como exemplo de uma medida restritiva considerada necessária e proporcional à protecção de um interesse essencial da sociedade apontava-se uma proibição de recepção num Estado-membro de mensagens racistas.

<sup>87</sup> Isto é, o Estado-membro, actuando 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).

<sup>88</sup> 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,

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 consumidores<sup>89</sup>, 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 directiva 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 recepção) adoptassem medidas restritivas a essa liberdade por razões, nomeadamente, de defesa do consumidor. Este controlo adicional destinar-se-ia justamente 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 protecção dos consumidores já harmonizadas a nível comunitário. Mas tal não significaria que o Estado-membro de recepção 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 recepção ainda poderia, em razão da defesa do consumidor, controlar a observância no seu território do seu direito dos consumidores.<sup>90</sup>

---

entendendo-se que abrangia todas as exigências que pudessem impor-se a um operador actuando como prestador de serviços da sociedade da informação ou aos serviços da sociedade da informação.

<sup>89</sup> Cfr. o nosso *Comércio electrónico, cit.*, p. 71.

<sup>90</sup> 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 recepção 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 possibilidade, limitando o âmbito universal do princípio do país de origem. Nestes termos, sendo objectivo 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 electrónico, 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

Todavia, a adopção destas medidas restritivas da liberdade de prestação destes serviços no mercado europeu ficaria, porém, excepto 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 adoptadas pelo Estado-membro de recepção 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 adopção 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 efectiva 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 protecção suficientemente elevado, de acordo com o objectivo 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 protecção especial no quadro desta sociedade, a Comissão propõe-se estudar os termos em que as regras de defesa do consumidor existentes fornecem uma protecção adequada no que diz respeito à sociedade da informação, identificando as possíveis lacunas dessa legislação e os aspectos 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 directivas em matéria de direitos dos

---

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.

consumidores definem completamente o quadro jurídico aplicável ao nível dos serviços da sociedade da informação<sup>91</sup>.

Note-se, em todo o caso, que o direito dos consumidores é um direito marcadamente económico<sup>92</sup>, 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 directamente relacionados com o funcionamento do mercado interno, o grau de liberdade política deixada aos Estados-membros é reduzido, pois que a adopção 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 adoptar 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 objectivo 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 objecto 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 protecção 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 protecção já garantido pelas directivas adoptadas e pela Proposta de Directiva ela mesma.

---

<sup>91</sup> Na realidade, se a Comissão já tivesse estudado os termos em que as regras de defesa do consumidor existentes fornecem uma protecção adequada relativamente à sociedade da informação, então seria sustentável que o controlo da conformidade ao direito comunitário das medidas restritivas adoptadas 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 (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 adopção 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 adoptadas em domínios não harmonizados ou sujeitos apenas a harmonização mínima, mas que poderiam ser objecto, 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.

<sup>92</sup> Acompanhamos sumariamente a argumentação que expusemos em *Comércio electrónico na sociedade da informação*, cit., p. 77.

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 redacção 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 que respeita ao "domínio coordenado", a Directiva sobre o comércio electrónico, na versão final, clarificou a questão no sentido da interpretação que sustentámos. Na verdade, ao invés de se propor "completar" o direito aplicável aos serviços da sociedade da informação, a Directiva dispõe expressamente que "é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, *sem prejuízo do nível de protecção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos actos 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)<sup>93</sup> e, além disso, prevê a possibilidade de os Estados-membros tomarem medidas derogatórias em relação a determinado serviço da sociedade da informação em razão da protecção, *inter alia*, dos consumidores, nos termos do procedimento de notificação e cooperação já constante da proposta (art. 3.º, 4 a 6)<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> A este respeito é de referir que a Directiva sobre o comércio electrónico não afecta a legislação aplicável às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, não podendo portanto ter como resultado privar o consumidor da protecção 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).

<sup>94</sup> 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.º 1 e 2 não se aplicam aos domínios a que se refere o anexo. 4. Os Estados-Membros podem tomar medidas derogatórias 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, detecção e incriminação de delitos penais, incluindo a protecção de menores e a luta contra o incitamento ao

Neste sentido, parece-nos seguro que os Estados-membros poderão manter e adoptar medidas de protecção dos consumidores em domínios não cobertos por medidas de harmonização ou sujeitos apenas a harmonização mínima, na medida em que não se traduzam em restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno<sup>95</sup>. 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 protecção constantes da Directiva, 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 protecção dos consumidores que no entender da Comissão não sejam necessárias, adequadas ou proporcionais ao objectivo 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 directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno (7). Todavia, de acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente directiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objectivo

---

ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, e contra as violações da dignidade humana de pessoas individuais, - protecção 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 objectivos referidos na subalínea i), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos; iii) Proporcionais a esses objectivos; b) Previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os actos 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.

<sup>95</sup> 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 protecção dos consumidores, no domínio do acervo comunitário de protecção 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 aspectos 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 protecção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis lacunas dessa legislação e os aspectos 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.



do correcto funcionamento do mercado interno, embora vise assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a protecção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a protecção da saúde pública (10). Este “alto nível de protecção” acresce a medidas do acervo comunitário, pois que se considera que a directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários; nomeadamente a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância constituem um elemento essencial da protecção do consumidor em matéria contratual, aplicando-se estas directivas “igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação”, sendo a directiva sobre comércio electrónico “complementar dos requisitos de informação fixados nas directivas citadas, e em especial na Directiva 97/7/CE” (11)<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Acrescenta-se que fazem igualmente parte desse acervo a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 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 Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, a Directiva 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 Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Directiva 2000/.../CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de ..., relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano. A presente directiva deve ser aplicável sem prejuízo do disposto na Directiva 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 adoptada no âmbito do mercado interno, e nas directivas relativas à protecção da saúde pública.

Porém, como já referimos, a Directiva 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 Directiva sobre serviços financeiros e da Directiva sobre acções inibitórias. Quanto à primeira, considera-se, inclusivamente, que “a faculdade conferida pela presente directiva 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 Directiva 98/27/CE “é aplicável aos serviços da sociedade da informação”, prevendo um mecanismo para as acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores, o qual contribuirá para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, ao assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores (cons. 53).

14. A Directiva sobre comércio electrónico<sup>97</sup> regulou alguns aspectos dos contratos electrónicos. Com efeito, considerando que o efeito legal das assinaturas electrónicas é objecto da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas electrónicas<sup>98</sup>,

---

<sup>97</sup> Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico").

<sup>98</sup> O crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio electrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI (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 electrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos. Alguns países reconheceram a validade do documento electrónico 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* - luKDG, 1.8.1997). No plano internacional, foi aprovada nas Nações Unidas a Lei Modelo sobre Comércio Electrónico 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 adoptada a Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas (Directiva 1999/93/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro comum para as assinaturas electrónicas - sendo esta uma das medidas fundamentais previstas no plano de acção traçado no documento *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157, 15/04/97).

Entre nós, a necessidade de definição do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e assinatura digital foi apontada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal (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 Electrónico (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro), bem como no respectivo Documento Orientador (*vide Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99). Entretanto, tinha sido já adoptada uma medida conducente ao reconhecimento do valor jurídico da correspondência da Administração trocada por via electrónica (Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98). Além disso, são diversos os actos que vêm dar relevo jurídico-legal às comunicações electrónicas (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 Procedimento e de Processo Tributário, e o Decreto-Lei n.º 183/2000 de 10 de Agosto, que altera o Código de Processo Civil, na redacção 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 redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 383/99, de 23 de Setembro). Nesta linha de acção e antes mesmo da Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas, foi adoptado entre nós o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto; em Macau foi adoptado o Decreto-lei n.º 64/99/M, de 25 de Outubro, que regula aspectos gerais do domínio do comércio electrónico), seguido da equiparação entre a factura emitida em suporte papel e a factura electrónica (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 Electrónico*, 2000; Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura digital: perspectiva da nova lei*, [www.digital-forum.net](http://www.digital-forum.net), 18/02/2000; veja-se também sobre os trabalhos preparatórios do diploma da factura electrónica, Lopes Rocha, *A factura electrónica: 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 electrónicos e das assinaturas digitais, mas também confiar o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade a designar, definindo os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, é de referir que, de acordo com a orientação comunitária então em discussão, o regime não sujeitou a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas digitais, embora tenha previsto um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança. Para uma análise deste diploma quanto à forma e força probatória do documento electrónico (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-

prevê-se que cada Estado-Membro ajustará a sua legislação relativa a requisitos, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica, devendo o exame das legislações que necessitem deste ajustamento ser sistemático e abranger todas as etapas e actos necessários ao processo contratual, incluindo a celebração do contrato, em termos de esse ajustamento ter como resultado tornar exequíveis os contratos celebrados por via electrónica. Por outro lado, por via da directiva não é afectada a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou fixarem requisitos legais, gerais ou específicos para os contratos, que possam ser preenchidos por meios electrónicos, em especial os requisitos relativos à certificação de assinaturas electrónicas. Além disso, os Estados-Membros podem manter restrições à celebração de contratos por meios electrónicos 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 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 electrónicos apenas diz respeito aos resultantes de requisitos legais, e não aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos, sendo a obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios electrónicos aplicada de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário<sup>99</sup>.

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 electrónicos, garantindo, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos. 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 excepção 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

---

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 factura emitida em papel e a factura electrónica.

<sup>99</sup> Cfr. Directiva sobre o comércio electrónico, cons 35 a 38.

exteriores à sua actividade 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 exactos, 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 Directiva 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 electronicamente esses códigos. Todavia, estas obrigações de informação não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico 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 Directiva 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 efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, se apliquem os seguintes princípios: o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos – salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (1); considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes (2), entendendo-se que o aviso de recepção por parte de um prestador de serviços pode revestir a forma da prestação em linha do serviço pago<sup>100</sup>. 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

---

<sup>100</sup> Cfr. Directiva sobre o comércio electrónico, 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 Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA 1999, p. 977.

encomenda, salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico 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 electrónico 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 protecção no universo das comunicações electrónicas. Em conformidade, pode ler-se no preâmbulo da Directiva que as excepções às disposições relativas aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico, ou outro meio de comunicação individual equivalente, previsto na presente directiva, 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 electrónico directo, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa em linha de bens incorpóreos (por ex., programas de computador e conteúdos de diversão) e serviços; o comércio electrónico indirecto, por seu turno, traduz-se na encomenda electrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso<sup>101</sup>.

A nosso entender, porém, parece-nos que a solução da Directiva não está inteiramente de acordo com os objectivos a que se propõe. Com efeito, no domínio do comércio electrónico directo 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 protecção? Parece, com efeito, existir um contra-senso na solução da Directiva. Resta saber, todavia, se a Directiva proíbe os Estados-membros de não seguirem tal via na transposição para as respectivas 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, 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

---

<sup>101</sup> Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

publicidade é objecto 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 objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas em contrário.

Ora, o Código da Publicidade<sup>102</sup> 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 electrónica. Isto é, a noção de publicidade do Código da Publicidade abrange o *marketing* directo, 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 domiciliária<sup>103</sup>. 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 directa, telefone e telecópia (art. 1.º), à excepção porém da publicidade por correio electrónico (art. 1.º, 2).

Em face disto, somos de entender que a publicidade efectuada por correio electrónico integra a hipótese do art. 23.º do Código e preencheria também a do art. 1.º, 1, da referida

---

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> 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 electrónica interactiva 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 electrónico para o regime da publicidade domiciliária previsto no Código. Por outras palavras, a publicidade por correio electrónico 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 Directiva sobre contratos à distância<sup>104</sup>, 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 electrónico, o videofone e o videotexto.

Esta Directiva consagra um regime de protecção nos contratos à distância, que define, embora o seu âmbito de aplicação seja algo restrito. Em termos gerais, serão de referir os deveres de informação a cargo do fornecedor (arts. 4.º e 5.º), o direito de “livre rescisão” do consumidor (art. 6.º), o pagamento fraudulento com o seu cartão<sup>105</sup> (art. 8.º), o valor do

---

<sup>104</sup> Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

<sup>105</sup> Veja-se sobre esta matéria a Recomendação 97/489/CE da Comissão de 30 de Julho de 1997 relativa às transacções realizadas através de um instrumento de pagamento electrónico e, nomeadamente, às relações entre o 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 electrónico

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

Trata-se de uma medida de grande importância para a protecção do consumidor na negociação electrónica à distância, que é um meio de celebração de contratos à distância, em especial por via de correio electrónico. O seu âmbito de aplicação é algo restrito, excluindo sectores tão importantes como o *teleshopping* (art. 3.º). Com efeito, são excluídos do âmbito de aplicação da directiva os contratos relativos a serviços financeiros referidos no anexo II, que prevê uma lista não exaustiva. Após consulta pública às partes interessadas, a Comissão concluiu pela necessidade de apresentar uma proposta específica relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros<sup>106</sup>. Essa proposta, entretanto alterada<sup>107</sup>, segue o modelo regulamentar da Directiva sobre contratos à distância (97/7/CE), embora com soluções específicas para a comercialização à distância de serviços financeiros.

Apesar de a Directiva 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 susceptível de proteger os consumidores nos contratos à distância por via electrónica? Em nosso entender, a resposta é afirmativa e encontra-se no regime das vendas por correspondência<sup>108</sup>. Este regime transpõe a Directiva sobre os contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais<sup>109</sup>. Mas, enquanto a Directiva 85/577/CEE não parece abranger os contratos à distância, em razão de parecer exigir a presença física simultânea das partes (art. 1.º), já o nosso regime das vendas por correspondência define-as como a modalidade de distribuição comercial a retalho em que se oferece ao consumidor a possibilidade de encomendar pelo correio, telefone ou outro meio de comunicação os bens ou serviços divulgados através de catálogos, revistas, jornais,

---

(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 (actividade das entidades emitentes ou gestoras de cartões de crédito); Aviso n.º 1/95 de 17 de Fevereiro (deveres de informação ao público sobre operações e serviços de instituições de crédito); Aviso n.º 4/95, de 28 de Julho (contratos para emissão de cartão de crédito); Decreto-Lei n.º 206/95 de 14 de Agosto (regime das sociedades financeiras para aquisições a crédito - SFACS); Decreto-Lei n.º 27-C/2000 de 10 de Março (institui o sistema de acesso aos serviços bancários mínimos).

<sup>106</sup> *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.

<sup>107</sup> Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Directivas 97/7/CE e 98/27/CE.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> Directiva 85/577/CEE do Conselho de 20 de Dezembro de 1985 relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Trata-se de uma medida de harmonização mínima, pois os Estados-membros podem adoptar ou manter disposições mais favoráveis à protecção do consumidor no domínio por ela abrangido (art. 8.º).



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 electrónico na Internet<sup>110</sup>. Deste modo, enquanto a Directiva Contratos à Distância não for transposta e na medida em que o tenha que ser, existirá já entre nós um regime especial de protecção dos interesses dos consumidores nos contratos negociados à distância por via electrónica. Esse regime traduz-se, especialmente, na obrigação de conformação do conteúdo das ofertas<sup>111</sup>, na forma<sup>112</sup>, conteúdo e valor do contrato, e na atribuição de um direito de “livre resolução”<sup>113</sup> (arts. 9.º a 12.º).

17. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (LCCG)<sup>114</sup> é um importante corpo normativo de protecção dos consumidores — embora nisso não se esgote — nos contratos do comércio electrónico. Em termos breves, ao nível da formação do contrato, os

---

<sup>110</sup> Neste sentido, António Pinto Monteiro, *A protecção 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, *Aspectos 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 *Haustürwiderrufgesetz*).

<sup>111</sup> 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 objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário (art. 7.º, 5).

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> Este direito de livre rescisão tem correspondente no domínio do crédito ao consumo, sendo de referir o “direito de arrependimento” durante 7 dias após o contrato de que goza o consumidor, bem como o direito de ser informado deste direito. Veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (estabelece normas relativas ao crédito ao consumo; transpõe para a ordem jurídica interna as Directivas n.º 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro de 1990). Veja-se, no direito comunitário, a Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998.

<sup>114</sup> Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro — que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores —, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho). Sobre esta matéria veja-se 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 Directiva 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 Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, 1999.

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 patrimoniais extracontratuais<sup>115</sup>, pois que “la clause exonératoire fait partie de la liste ‘noire’ des clauses interdites de façon absolue”<sup>116</sup>. Porém, na medida em que não sejam contrárias à ordem pública, já poderão ser consideradas válidas as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade extracontratual, isto é, “se o bem em risco de vir a ser lesado, fonte de uma eventual responsabilidade extra-contratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível”<sup>117</sup>.

A nível orgânico-processual, prevê-se, em especial, um controlo judicial na acção inibitória (art. 25.º) e a existência de um serviço de registo das cláusulas contratuais abusivas (arts. 34.º e 35.º)<sup>118</sup>. 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 acto de pressionar um ícone do ecrã, à semelhança das licenças *shrink-wrap* em que com o acto de abertura da embalagem em que é contida a cópia do programa de computador ou da obra multimédia o adquirente do *package* adere a tais estipulações. Da licença de utilização constam, *inter alia*, cláusulas que

---

<sup>115</sup> 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 Directiva 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).

<sup>116</sup> António Pinto Monteiro, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 171.

<sup>117</sup> 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

<sup>118</sup> Nos termos da Portaria n.º 1093/95 de 6 de Setembro, o Gabinete de Direito Europeu foi incumbido de organizar e manter actualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas. Esta medida deveria ser reforçada através da criação de um serviço de registo em linha acessível à distância por via electrónica mediante solicitação individual, isto é, através de um sítio na Internet. Este registo electrónico incluir-se-ia, aliás, no âmbito das medidas tendentes à informação geral do consumidor cuja adopção cabe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais e entre as quais se contam a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica, e também a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado (Lei do Consumidor, art. 7.º, 1-d/e).

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 exclusivamente<sup>119</sup>, 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 revendedores e dos utilizadores”<sup>120</sup>. 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 afectada 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 transacção mercantil em massa, a menos que outra coisa seja acordada, uma obrigação ou limitação que tenha sido razoavelmente

---

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> C. Girot, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 14.

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 venda<sup>121</sup>.

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 Internet<sup>122</sup>, 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 divergentes<sup>123</sup>. 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 utilizadores<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> 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. Giroit, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 7 s.

<sup>122</sup> A Proposta de Directiva sobre Comércio Electrónico 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 proposta concreta feita por um prestador, o contrato será celebrado quando o destinatário do serviço tiver recebido do prestador, por via electrónica, o aviso de recepção da aceitação pelo destinatário do serviço e tiver confirmado a recepção desse aviso. 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 efectuar o pagamento em linha, e, por outro, que o aviso de recepção 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 efectuado um pagamento pelo destinatário antes mesmo de o contrato se considerar celebrado. Todavia, esta matéria acabaria por ser eliminada da Directiva sobre o comércio electrónico, 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 respectiva prestação, melhor ainda, quando o prestador do serviço tivesse realizado a respectiva 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.

<sup>123</sup> 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).

<sup>124</sup> 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)

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 objecto de negociação individual. Encontrar-se-ão, assim, as respectivas estipulações sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Antes do apuramento da consonância do conteúdo de tais estipulações com a boa-fé, e, nomeadamente, da sua conformidade, nos termos prescritos, com as listas negras e cinzentas (arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º), põe-se, desde logo, o problema do controlo ao nível da formação do acordo.

Trata-se de saber, para começar, se 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 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 futuro<sup>125</sup>; porém, por força da directiva, este regime deverá aplicar-se pelo

---

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 lectivo 1995/1996)*, Coimbra 1996.

<sup>125</sup> 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

menos nas relações com consumidores ainda que tais cláusulas tenham sido meramente pré-definidas para um contrato individual, bastando, portanto, que não tenham sido objecto de negociação individual<sup>126</sup>. Encontrar-se-ão, assim, as respectivas estipulações sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Antes do apuramento da consonância do conteúdo de tais estipulações com a boa-fé (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 validade<sup>127</sup>. Na medida em que os termos da licença não violem os direitos mínimos do utente — incluindo os actos de carregamento e funcionamento necessários á utilização da cópia e a acção de correcção dos respectivos 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 protecção do consumidor. E 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 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"<sup>128</sup>.

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.

---

préformuladas com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebrar pelo predisponente ou por terceiro."

<sup>126</sup> Vide António Pinto Monteiro, *La Directive "Clauses Abusives", 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Directiva 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, esp. 98 s; Idem, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231.

<sup>127</sup> 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 Directiva 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.

<sup>128</sup> 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.

6.º LCCG), na medida em que não se trate de meras “dúvidas injustificadas ou caprichosas do aderente”<sup>129</sup>. 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).<sup>130</sup> 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 conteúdo<sup>131</sup>. 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 recepção, 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)<sup>132</sup>. 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 vitiosus*, 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 conhecimento dos respectivos 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”<sup>133</sup>. Se, não obstante avisado e prevenido da existência e do conteúdo das condições gerais da licença de utilização, abrir a embalagem, o cliente

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> No sentido da validade destas licenças na medida em que “o adquirente tenha tido a *possibilidade de tomar conhecimento*, não sendo necessário que tenha efectivamente tomado conhecimento das cláusulas da licença”, M. Lopes Rocha, *Contratos de licença, cit.*, p. 701.

<sup>131</sup> Cfr. o nosso *Contratos de “Software”*, p. 185-6.

<sup>132</sup> 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 efectiva em contratos singulares, nos termos da acção inibitória prevista nos arts. 25 *et seq.*

<sup>133</sup> Cfr. *Acordo de Licença de Suporte Lógico Apple*, p. 22.

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 Civil<sup>134</sup>: "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"<sup>135</sup>.

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 respectiva licença de distribuição. Pelo que, não parece inaceitável sustentar a susceptibilidade de mobilização dos critérios prescritos no Código Civil para a venda a contento, *maxime* na segunda modalidade<sup>136</sup>, 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 transaccionados no domínio do comércio electrónico directo. Ora, discute-se se o *software* pode ser qualificado como produto para efeitos do regime da responsabilidade objectiva do produtor.<sup>137</sup> Se for de responder afirmativamente ao problema então ter-se-ão por não escritas as cláusulas

---

<sup>134</sup> Sob epígrafe "Dispensa de declaração de aceitação".

<sup>135</sup> 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 adopção 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).

<sup>136</sup> Art. 924.º do Código Civil.

<sup>137</sup> Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro (LRP), que transpõe a Directiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. A alteração recente desta Directiva não alterou o sentido que sustentamos no texto (Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de Maio de 1999, que altera a Directiva 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"<sup>138</sup>. 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"<sup>139</sup>.

Ora, nos termos do art. 3.º, 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 produto<sup>140</sup>, invoca certa orientação doutrinal a natureza incorpórea dos programas de computador<sup>141</sup>. 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-objecto), que tem por função produzir impulsos eléctricos, sendo, nessa medida, um fenómeno magnético equiparável às "energie naturali aventi valore economico"<sup>142</sup>, não excluídas da noção de produto<sup>143</sup>, conclui que: "Software als *Produkt* dem *Produkthaftungsgesetz* unterliegt [...]"<sup>144</sup>. E se assim fosse, o mesmo deveria valer para o *software individual* e o *software standard*.<sup>145</sup>

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 electrónico ou isolado, quer como programa *standard* de aplicação ou como programa individual de aplicação, quer seja entregue num suporte de dados ou transmitido em linha<sup>146</sup>. Porém, entre nós, contra a aplicação do regime da responsabilidade civil do

---

<sup>138</sup> Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 739.

<sup>139</sup> Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 257, n. 538.

<sup>140</sup> Entendido enquanto "bewegliche Sache", ou seja, coisa corpórea móvel.

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> A. Zaccaria, *La responsabilità del «produttore» di software*, CI 1993, p. 303.

<sup>143</sup> Cfr. art. 2.º, *in fine*, Directiva sobre produtos defeituosos. Veja-se também João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 608-9.

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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,

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"<sup>147</sup>.

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."<sup>148</sup> 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"<sup>149</sup>.

Ora, os programas de computador são coisas incorpóreas como é entendimento pacífico<sup>150</sup>, 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"<sup>151</sup>. 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 respectivo produtor<sup>152</sup>. Aliás, a Directiva Produtos Defeituosos foi recentemente alterada no sentido de alargar a noção de produto, mas nada dizendo no sentido da inclusão dos programas de computador<sup>153</sup>.

---

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 excepcionais. 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 abranger também as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça. Assim, numa perspectiva de *iure condendo*, poderemos sustentar que o princípio da protecção do consumidor, que é cada vez mais uma trave-mestra 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?

<sup>147</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor cit.*, p. 613-4, n. 3, convocando vária doutrina nesse sentido.

<sup>148</sup> Cfr. o nosso *Contratos de 'Software'*, p. 188.

<sup>149</sup> João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 613.

<sup>150</sup> Cfr., entre nós, nomeadamente, José de Oliveira Ascensão, *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, p. 76.

<sup>151</sup> H.-J. Kullmann, *Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland*, ERPL 1994, p. 223-4.

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> Cfr. Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de Maio de 1999, que altera a Directiva 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

Em suma, é uma questão controversa saber se o *software* é passível de ser qualificado como produto para efeitos do regime da responsabilidade objectiva 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*, enquanto *instrumentum* (ao nível do código-objecto), às energias não excluídas da noção de produto, segundo o art. 2.º, *in fine*, da directiva-productos defeituosos. Respondendo-se afirmativamente ao problema, então, quer sejam apostas em contratos de adesão, quer em contratos negociados<sup>154</sup>, 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 respectivo produtor<sup>155</sup>. A recente alteração da Directiva não modifica, em nosso entender, esta solução.

### **Bibliografia**

- Alpa, Guido, *Consumatore (tutela del)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1989
- As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Actas do Colóquio Organizado pelo IJC em 23 e 24 e Abril de 1998, Coimbra: IJC, 1999
- Ascensão, José de Oliveira, *Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 163
- , *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, p. 69
- , *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 335
- , *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573
- Ballarino, Tito, *Internet nel Mondo della Legge*, Cedam, Padova, 1998
- Barbry, Eric, *Le droit du commerce électronique: de la protection... à la confiance*, DIT 2/1998, p. 14
- Bensoussan, Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques*, Paris: Hermès, 1996

---

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.

<sup>154</sup> 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).

<sup>155</sup> Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Contratos de "Software"*, in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade*, IJC, Coimbra, 1996, p. 120-1; Idem, *Comércio Electónico na Sociedade da Informação*, cit., p. 110 et seq.

- Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo, *La responsabilité pour les dommages causés par des produits defectueux dans le Droit Espagnol: l'adaptation à la directive 85/374/CEE*, ERPL 1994, p. 225
- Büttler, Marc, *Information Highway — Rundfunk- oder Fernmeldedienst?*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 171
- Comissão das Comunidades Europeias, *Seguimento do Livro Verde sobre a Comunicação Comercial no Mercado Interno*, COM(1998) 121 final, 4.3.1998
- , *Livro Verde relativo à Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação — para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, COM(97) 623 final, 3.12.1997
- , *Comunicação, Plano de acção para fomentar a utilização segura da Internet*, COM(97), 583 final, 26.11.1997
- , *Comunicação, Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas - contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, COM(97) 503 final, 8.10.1997
- , *Comunicação, Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM(97) 157 final, 16.4.1997
- , *Comunicação, Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, COM(96) 487 final, 16.10.1996
- , *Livro Verde relativo à Comunicação Comercial no Mercado Interno*, COM(96) 76 final, 6.3.1996
- , *Livro Branco, Crescimento, Competitividade e Emprego — os desafios e as pistas para entrar no sec. XXI*, Luxemburgo 1994
- , *A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção*, COM(94) 347 final, 19.7.1994
- Comunicação e Defesa do Consumidor*. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996
- Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Coimbra, Almedina, 1999
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999
- Costa, Mário Júlio de Almeida / Cordeiro, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1990
- Davies, Clive, *An Introduction to Product Liability in the Computer Industry*, CL&P 1993, p. 99
- Degenhart, Christoph, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 333
- Die Informationsgesellschaft*, BMWi Report, Bonn, 1995
- Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, Coimbra, 1999, I
- Dirk, Arnold, *Verbraucherschutz im Internet*, CR 1997, p. 526
- Egan, Bruce L., *Information Superhighways (the economics of advanced public communication networks)*, Boston/London, Artech House, 1991
- Electronic Commerce - the Commission's proposal for a directive*, BEUC/033/99, 19.02.1999
- Forester, Tom, *The Information Technology Revolution*, Oxford: Blackwell, 1990
- Girot, Clarisse, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 7
- Griese, Joachim / Sieber, Pascal, *Internet als erste Ausbaustudie des Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 43
- Günther, Andreas, *Produkthaftung für Software (Ein obiter dictum aus den USA)*, CR 1993, p. 544
- Härtling, Niko, *Internetrecht*, Köln, Otto Schmidt, 1999
- Heyl, Cornelius von, *Teledienste und Mediendienste nach Teledienstegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag*, ZUM 1998, p. 115
- Hilty, Reto (Hrsg.), *Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen)*, München: Beck, 1996
- Hilty, Reto, *Der Information Highway — eine Einführung in die Problematik*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 21
- Hoeren, Thomas, *Rechtsfragen des Internet*, Köln: RWS, 1998

- Hoeren, Thomas, *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. 111
- Katsch, M. Ethan, *Law in a Digital World*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995
- , *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1989
- Koch, Frank / Schnupp, Peter, *Software-Recht*, I, Berlin: Springer, 1991
- Kochinke, Clemens / Günther, Andreas, *Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA*, CR 1997, p. 129
- Köhler, Helmut, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185
- Kullmann, Hans Josef, *Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland*, ERPL 1994, p. 215
- Lehmann, Michael (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997
- , *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993
  - , *Produkt- und Produzentenhaftung für Software*, NJW 1992, p. 1721
  - , *Produzenten- und Produkthaftung für Soft- und Hardware*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 999
- Lemley, Mark, *Intellectual Property and Shrink-Wrap Licenses*, California LR 1995, p. 1239
- Lewis, Xavier, *The EC Product Liability Directive: An EEC wide conspectus*, ERPL 1994, p. 183
- Martinek, Michael, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207
- Martínez, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso (em especial na compra e venda e na empreitada)*, Coimbra: Almedina, 1994
- Monteiro, António Pinto, *La Directive "Clauses Abusives", 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Directiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523
- , *Introdução ao Direito do Consumidor*, Tópicos, Centro de Direito do Consumo, FDUC
  - , *Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, I, Publicação do Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, p. 201
  - , *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 229
  - , *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 139
  - , *Protecção jurídica do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *Telecomunicações e Direito na Sociedade da Informação*, Colóquio, Instituto Jurídico da Comunicação, Abril de 1998, Coimbra
  - *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in AJURIS 1998, p. 220 [Revista dos Juizes do Rio Grande do Sul, Edição Especial: 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, 3º Congresso Ibero-Latino-Americano de Direito do Consumidor, 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 8-11 de março, 1998 - Gramado-RS, Brasil]
  - , *Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor*, BFD 1996, p. 403
  - , *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79
  - *Comunicação e Defesa do Consumidor — Conclusões do Congresso*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 489
  - *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231
  - *Harmonisierung des Portugiesischen Verbraucherschutzrechts*, BFD 1993, p. 351
  - , *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161
  - , *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990

- , *Cláusulas de responsabilidade civil*, Coimbra 1990 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Afonso Queiró», 1986]
- , *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra 1985 [Separata BFD, vol. 28 Suplemento]
- , *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
- Moritz, Hans-Werner, *Überlassung von Programmkopien — Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?*, CR 1994, p. 257
- OCDE, *Forum on Electronic Commerce: Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Oct. 1999
- , *Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*
- Pagenberg, Jochen / Geissler, Bernhard, *Lizenzverträge. Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software. Kommentierte Vertragsmuster nach deutschen und europäischen Recht*, 3. Aufl., Köln: Heymanns, 1991
- Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998
- , *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, p. 915-1000
- , *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999
- *Contratos de 'Software'*, in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996)*, Coimbra 1996
- Perritt, Henry, *Unbundling Value in Electronic Information Products: Intellectual Property Protection for Machine Readable Interfaces*, Rutgers LJ 1994, p. 415
- Piette-Coudol, Thierry / Bertrand, André, *Internet et la loi*, Paris: Dalloz, 1997
- Pinto, Paulo Mota, *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
- , *Sobre alguns problemas jurídicos da Internet*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 349
- , *Publicidade domiciliária não desejada ('Junk Mail, Junk Calls e Junk Faxes')*, BFD 1998, p. 273
- , *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995
- Ribas Alejandro, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Pamplona: Aranzadi, 1999
- Ribeiro, J. Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999
- , *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra 1990 [Separata BFD, Suplemento]
- Ring, Wolf-Dieter, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 358
- Rocha, Manuel Lopes, *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa 1994, p. 695
- Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço (seguido de um glossário de termos e abreviaturas)*, Lisboa: Cosmos, 1996
- Rocha, Patrícia Sofia Carvalho, *Responsabilidade civil do produtor de software*, Relatório de Mestrado, polic., Coimbra 2000
- Rossnagel, Alexander, *Recht der Multimedia-Dienste. Kommentar*, München: Beck, 1999
- Taylor, Richard, *Consumer Protection in the Telecommunications Field*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, IJC, 1996, p. 389
- Taeger, Jürgen, *Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme*, Tübingen: Mohr, 1995
- Tettenborn, Alexander, *Europäische Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft*, MMR 1998, p. 18

- Tinnefeld, Marie-Theres / Phillips, Lothar / Heil, Susanne (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1995
- Schaefer, Martin / Rasch, Clemens / Braun, Thorsten, *Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern*, ZUM 1998, p. 451
- Sieber, Ulrich, *Haftung für Online-Datenbanken*, in Fiedler (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, p. 69
- Sieber, Ulrich (ed.), *Liability for On-line Data Bank Services in the European Community*, Köln: Heymann, 1992
- Silva, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1990
- Singleton, Susan, *Product Liability, Computer Software and Insurance Issues - the St. Albans and Salvage Association Cases*, CL&P 1994, p. 167
- Smith, Graham, *Shrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive*, CLJ 1992, p. 597
- Spindler, Gerald, *Verantwortlichkeit von Dienstbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie*, MMR 1999, p. 1999
- , *Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet*, MMR 1998, p. 23
- , *Deliktsrechtliche Haftung im Internet: nationale und internationale Rechtsprobleme*, ZUM 1996, p. 533
- Tilmann, *Richtlinie vergleichende Werbung*, GRUR Int. 1997, p. 790
- Tonner, Klaus, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533
- Triaille, Jean-Paul, *Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données, information*, DIT 4/1990, p. 37
- , *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, DII 1990, p. 725
- Trochu, Michel, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179
- Valentino, Daniela, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375
- Vandenberghe, Guy, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 387
- Ward, Conor / Durrant, Lovel White, *Shrink-wrap Licences Revisited: Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited*, CoL 1994, p. 174
- Williamson, Mary, *A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements*, Rutgers LJ 1996, p. 335
- Zaccaria, Alessio, *La responsabilità del «produttore» di software*, CI 1993, p. 294

Abstract: Consumer Protection in the Framework of the Electronic Commerce Directive. The information society and electronic commerce raise a number of legal issues, namely consumer protection concerns. A new "electronic law" is emerging mainly of European source, in special the electronic commerce directive - Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce). To achieve a high level of consumer protection is one the most important goals of the electronic commerce directive. This article analyses what and how the directive provides in order to achieve that goal. To begin with, it is considered what is meant by electronic commerce and by consumer in the framework of the directive. Despite the definition and exemplification of these notions provided by the directive, the result is problematic. Then, it addresses the impact of the principle of origin over national standards of consumer protection, rejecting the critical approach according to which it would lead to a consumer harmful competition among Member States legislation in order create the best legal environment for the establishment of electronic commerce providers within their borders. In fact, not only several consumer protection issues are exempted from that principle but also consumer protection is expressly included as a justification for national legislation to prevent or limit the cross-border provision of information society services to consumers of a Member State. Any way, it is argued that such derogations are submitted to a strict control by the European Commission and must comply with European economic law, in special the case-law of the Court of Justice concerning the freedom to provide services in the internal market. Finally, this article addresses specific issues of consumer protection such as advertising by e-mail (direct marketing), distance contracts, standard terms in consumer contracts by the Internet, and the controversial issue of liability of software (and information) producers.