

A JURISDIÇÃO NA INTERNET SEGUNDO O REGULAMENTO 44/2001 (E AS ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIAIS E TECNOLÓGICAS)*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: Introdução. 1. A falácia do tecnologismo anárquico (ou por que é que às vezes o sonho de uns é o pesadelo de outros). 1.1. O papel do direito na regulação da Internet e a alegada (in)competência dos juristas. 1.2. O desenvolvimento caótico da Internet. 1.3. A “anarquia em linha” e o “woodstock electrónico”. 1.4. A soberania dos tecnólogos revolucionários. 1.5. Tempo real e tempo judicial. 1.6. A suposta obsolescência do Estado, da Lei e dos Tribunais. 1.7. A sobrevivência dos juristas. 1.8. O deleite do pós-modernismo jurídico. 2. A construção jurídica da sociedade da informação. 2.1. As liberdades mercantis na directiva sobre o comércio electrónico. 2.2. O *Diktat* do liberalismo económico. 2.3. Auto-regulação, ADRs e justiça privada. 2.4. O acervo comunitário da sociedade da informação. 2.5. A sociedade da informação como zona de soberania da União Europeia. I. O Problema da Jurisdição na Internet. 1. A natureza “multi-jurisdiccional” da Internet. 1.1. As questões da jurisdição (competência judiciária, lei aplicável, reconhecimento e execução de sentenças). 1.2. Delimitação do objecto principal do estudo à competência judiciária (privada). 2. Principais fontes. 2.1. O Código de Processo Civil. 2.2. As Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988). 2.3. O Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000. 2.4. O projecto alterado de Convenção de Haia. 3. Do direito conflitual adjectivo em geral. 3.1. Uma hipótese (complexa) de trabalho. 3.2. Interesses e valores em ponderação (equilíbrio entre as partes, acesso à justiça, exigibilidade do foro, conexão razoável, liberdade contratual, protecção da parte mais fraca, boa administração da justiça).

II. A liberdade de circulação de decisões em matéria civil e comercial e o Regulamento 44/2001 do Conselho da União Europeia. 1. A regra geral do foro do domicílio do demandado. 1.1. O regime de determinação do domicílio. 1.2. O critério do local de estabelecimento na Directiva sobre o comércio electrónico: a irrelevância da localização dos suportes tecnológicos e a importância do local do centro das actividades. 1.3. A identificabilidade do prestador segundo o regime das informações a prestar. 2. As competências especiais. 2.1. A dificuldade de determinação do *forum delicti comissi* na responsabilidade extracontratual na Internet. 2.1.1. A insuficiência do critério do foro do país origem previsto na Directiva Satélite e Cabo. 2.1.2. A teoria da ubiquidade na jurisprudência *Fiona Shevill* do TJCE. 2.1.3. A multiplicação fragmentadora dos *fora* dos países de acessibilidade. 2.1.4. O princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual. 2.1.5. Os paraísos digitais e a isenção de responsabilidade dos ISP. 2.1.6. A teoria Bogsch da doutrina germânica e seu acolhimento na jurisprudência. 2.1.7. A razoabilidade da conexão segundo a

* *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 633-687 (texto de apoio, com desenvolvimentos, à comunicação apresentada ao Congresso Internacional sobre *Direito Cibernético / Cyber Law*, organizado pela Fundação Luso-Americana (FLAD), em colaboração com a Ordem dos Advogados, em Lisboa, nos dias 25 e 26 de 2001).

doutrina dos níveis de interactividade (*level of interactivity*). 2.1.8. O projecto de Convenção de Haia e sua apreciação pelo grupo de peritos no domínio do comércio electrónico. 2.1.9. A fluidez do critério e o papel da jurisprudência. 2.2. O foro do local de cumprimento da obrigação na responsabilidade contratual. 2.2.1. A complexidade de determinação do foro nos contratos electrónicos *tout court*. 2.2.2. A difícil distinção entre contratos de venda e de prestação de serviços no comércio electrónico directo. 2.2.3. O relevo da questão prévia. 2.2.4. A discussão no âmbito do projecto de Convenção de Haia e a proposta de um novo critério inspirado na Lei Modelo UNCITRAL sobre comércio electrónico. 2.2.5. A solução da UCITA relativamente à lei aplicável. 2.3. Os pactos atributivos de jurisdição e os contratos de consumo. 2.3.1. A competência exclusiva do foro designado pelas partes. 2.3.2. A equivalência da forma escrita a qualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do pacto. 2.3.3. Limites à liberdade contratual impostos pelo princípio da protecção da parte mais fraca, em especial o consumidor. 2.3.3.1. As diferentes noções de consumidor do Regulamento e da Directiva sobre o comércio electrónico. 2.3.3.2. A competência especial do foro do domicílio do consumidor (e a lei aplicável segundo a Convenção de Roma). 2.3.3.3. O critério da direcção de actividade “por quaisquer meios” abrange o comércio internetico. 2.4. A possível desprotecção do consumidor no Regulamento 44/2001. 2.4.1. A eficácia dos pactos derogatórios da competência especial do foro do domicílio do consumidor que lhe permitam recorrer a foros terceiros. 2.4.2. A interpretação do Regulamento segundo o princípio que o norteia, de modo a salvaguardar a razoabilidade do legislador. 2.4.3. A possível contrariedade de tal pacto em face dos direitos comunitário e interno das cláusulas abusivas. 2.4.4. O papel da jurisprudência. 3. As competências exclusivas. 3.1. A validade dos direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito e a competência exclusiva do foro do país de registo. 3.2. O princípio da boa administração da justiça e o problema do super-fora. 3.3. A solução do projecto alterado da Convenção de Haia e o critério das acções conexas. 3.4. Apontamento de direito comparado sobre a situação jurídica japonesa. 3.5. Questões em aberto. 3.5.1. O silêncio do legislador em matéria de direitos de autor e figuras afins. 3.6.2. O problema da natureza do registo dos nomes de domínio em Portugal e referência à *Anticybersquatting Consumer Protection Act*.

III. Os ADRs e a «Jurisdição Técnica». 1 . A teia jurídica extrajudicial. 2 . «Technopol» e «Cyberspy» (*Echelon*). 2.1. As empresas de serviços de monitorização da Internet. 2.2. Os serviços de segurança cibernética privada. 2.3. Os motores de pesquisa e a violação da privacidade. 2.4. A protecção dos dados pessoais nas duas costas do Atlântico e o recurso ao “porto seguro”. 3. A arbitragem electrónica: rumo ao *Dr. Iuris Computer?* 3.1. A necessidade de adaptação das leis de arbitragem aos novos desafios no contexto da Convenção de Nova Iorque. 3.2. A promoção dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos pela Directiva sobre o comércio electrónico, incluindo a arbitragem electrónica. 3.3. As restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e as exigências do domínio coordenado. 3.4. A convergência procedimental transatlântica em face da divergência substancial de níveis de protecção. 4 . O papel dos intermediários técnicos. 4.1. Os procedimentos de *notice and take down* da *Digital Millennium Copyright Act*. 4.2. O sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO *Internet Domain Name Process*. 5 .

Sistemas técnicos de protecção e de gestão de direitos de propriedade intelectual. 5.1. As tecnologias robustas (cifragem, estenografia e envelopes critpográficos). 5.2. Da exclusividade jurídica à exclusividade técnica. 5.3. Os Tratados da OMPI e a repressão da pirataria do consumidor. 5.4. A directiva sobre bases de dados, a directiva sobre direito de autor na sociedade da informação e o monopólio da informação. 5.5. A protecção dos serviços de acesso condicional na Directiva 98/84/CE. 5.6. O admirável "código" da propriedade (tecno)digital e dos direitos de acesso. 5.7. A lei do código técnico e o fim da "desobediência civil". Conclusão. Abstract.

«... Tudo quanto eu disse foi relatar um comentário feito por um juiz. Sabe muito bem que, nestes assuntos, as opiniões diferem tanto que a confusão é impenetrável. Este juiz, por exemplo, é de opinião que o processo começa num determinado ponto e eu acho que deve começar noutra. É uma diferença de opiniões, nada mais. Numa determinada fase do processo, a tradição diz que se deve tocar uma campainha. De acordo com o que o juiz afirma, esse toque marca o início do processo, mas eu não posso enumerar-lhe todos os argumentos que se lhe opõem, pois nunca os entenderia; contente-se com o facto de haver muitos argumentos contra a maneira de ver dele.» KAFKA, *Ein Prozess* (trad. de M.J. Fabião, *O Processo*, Pub. Europa-América, s/d)

Introdução

1. A falácia do tecnologismo anárquico (ou por que é que às vezes o sonho de uns é o pesadelo de outros).

Será o direito capaz de regular os conflitos na Internet? Não estará reservado ao jurista um papel meramente residual e secundário, senão mesmo dispensável, na configuração da arquitectura normativa da Internet? O arsenal do ofício dos juristas será adaptado ou adaptável à Internet? Sem pretender definir o Direito pela nota da Estadualidade, importa perguntar todavia: o Estado, as Leis e os Tribunais terão algum sentido no universo cibernético? A produção desenfreada de leis a nível internacional, comunitário e nacional para regular o ciberespaço não será sintoma de um grupo profissional – os juristas - que procura desesperadamente dominar uma realidade que o ultrapassa? Ou pelo menos afirmar aí um mínimo de competência? Radicalmente: “a legislorreia em que se caiu”¹ não será essencialmente determinada por um instinto de sobrevivência da espécie dos juristas no ambiente digital?

Direi que não, que o direito tem um papel importante a desempenhar na regulação da Internet e que os juristas têm aí uma palavra decisiva a dizer. Desde logo, através da denúncia da falácia do ‘tecnologismo’, nos termos da qual a tecnologia seria suficiente para

¹ F.J. Bronze, *Apontamentos Sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas no ano lectivo de 1996-97)*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1997.

resolver os problemas emergentes². Isto implica uma predisposição especial, pois que nesta cruzada cabe ao jurista ser um misto de D. Quixote de la Mancha e de Sancho Pança: por um lado, não deverá perder de vista as suas «causas»; mas, por outro, não poderá perder o sentido da realidade. De todo o modo, quero também antecipar que no teatro da vida não cabe aos juristas o protagonismo principal da construção da sociedade da informação, sendo-lhes antes reservado um papel mais modesto, ainda que não dispensável. Mas vejamos mais de perto.

À semelhança do big-bang, a internet formou-se caoticamente. Perante um estado de aparente anarquia em linha, os tecnólogos reivindicaram para si a soberania do ciberespaço com promessas de uma teia comunicativa livre de direito. A internet seria um verdadeiro “woodstock electrónico”, no qual tudo seria livremente partilhável. Os eventuais problemas seriam resolvidos segundo a máxima clarkiana “a resposta para a máquina está na máquina”, tendo em conta a segurança oferecida pelas tecnologias criptográficas. Os juristas não teriam lugar num tal mundo, desde logo por lhes faltar a competência: a internet não seria regida pela lei dos Estados mas antes pelos códigos dos informáticos. Na internet não existiria Estado com poder normalizador capaz de impor aos seus súbditos as suas leis através dos seus órgãos judiciais. Desde logo porque na internet não existiriam fronteiras territoriais. Na internet ninguém seria nacional de país algum, na internet ninguém teria domicílio em lugar algum. A comunidade internética estaria fora do espaço, pelo que sendo o Estado concebido em torno dessa categoria (espaço), não teria lugar aí. Por outro lado, o tempo cibernético – o chamado “tempo real” – seria incompatível com o “tempo judicial” dos órgãos judiciais do Estado.

Em suma, a internet, não obstante ter sido originariamente criada para servir o Estado em fins militares, ter-se-ia desenvolvido caoticamente, sem um centro de gravidade, deixando o Estado sem potência para a dominar em virtude da obsolescência do seu arsenal normalizador. A soberania do ciberespaço pertenceria aos revolucionários da tecnologia, que a exerceriam através dos seus códigos próprios, com promessas de conduzir a comunidade internética de volta ao comunismo primitivo dos manuais de economia política, senão directamente ao jardim do paraíso.

As abordagens do direito ditas pós-modernas ficarão certamente deliciadas com este quadro. A internet seria a “prova provada” do fim do Estado como centro do poder normalizador da comunicação. A internet carregaria no seu ventre uma nova linguagem

² Vide, especialmente, a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, 1998 (publicada com actualizações na STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 2001), bem como o nosso ensaio *Comércio electrónico na sociedade da informação: da Segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999 (nota de actualização em www.almedina.net).

totalmente estranha ao poder estadual, gerando um código comunicacional disseminado por todo o mundo à margem do Estado³. O Direito da modernidade, traduzido nas Leis e nos Tribunais do Estado, seria agora substituído por códigos tecnológicos de conduta elaborados por micro-comunidades e observados por comités de resolução extrajudicial de conflitos, dispondo de um arsenal sancionatório baseado na exclusão tecnológica da rede. Uma visão assim pós-moderna das coisas seria bem prestável à falácia do tecnologismo, dando por adquirida a sua soberania no ciberespaço e legitimando os seus esquemas funcionais. Inspirada numa tábua rasa de valores e animada por uma repulsa contra todas as formas de Estado, essa visão serviria com proveito a ordem internética gerada pela revolução electrónica dos tecnólogos.⁴

2. A construção jurídica da sociedade da informação

Neste passo será interessante perguntar, todavia, por que razão os Estados não têm chamado a si o domínio da Internet, à semelhança do que fizeram inicialmente com a imprensa, a rádio e a televisão. Com efeito, por ocasião da invenção da imprensa no século XV, os Soberanos reservaram-se, um pouco por toda a parte, o exclusivo da utilização desta tecnologia, com fundamento na necessidade de proteger, *inter alia*, a moral pública e os bons costumes. O mesmo sucede ainda hoje, *mutatis mutandis*, com a televisão. Isso significaria, actualmente, que o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação não seria livre, ao contrário do que prevê a Directiva sobre o comércio electrónico⁵, que baseia o regime destas actividades no princípio de não autorização prévia (art. 4.º, 1), bem como no princípio do controlo do Estado de origem e da livre prestação de serviços no mercado interno relativamente às matérias do chamado domínio coordenado. Por que razão sujeitou o legislador europeu os Estados-Membros a um tal regime de liberdade, retirando-lhes o poder de regularem o exercício desta actividade, à semelhança do que fazem por exemplo com a actividade televisiva? Será apenas em nome do “reflexo específico” que a livre circulação destes serviços pode em muitos casos constituir do princípio mais geral da liberdade de expressão, como se aduz no considerando 9? Mas não valerá esse mesmo princípio para a actividade televisiva? Ou será que o legislador europeu impôs aos Estados-Membros o *Diktat* do liberalismo económico dominante, que vê no comércio electrónico a nova “galinha dos ovos de ouro”, o novo “*El dorado*”?

³ Vide, por todos, Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000.

⁴ E a “alternativa ao direito” postulada por uma “ordem de possibilidade científico-tecnológica”. Vide F.J. Bronze, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 577 ss.

⁵ 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”).

Não deixa de ser curioso que o legislador comunitário tenha em larga medida abolido a soberania dos Estados-Membros na Internet, remetendo-os para o papel de “polícias” do domínio coordenado definido na Directiva sobre o comércio electrónico; domínio esse que para alguns corresponderá, no essencial, ao acervo comunitário da sociedade da informação. Aclarando mais a ideia: será que, afinal, a propósito da construção da sociedade da informação – esse “slogan”⁶ – o legislador comunitário não está a criar para si uma zona de soberania, esvaziando o poder dos Estados-Membros?

Esta breve reflexão permite-nos já compreender que a Internet está longe de ser um espaço livre de soberania jurídica. Pelo menos no espaço europeu, uma entidade assume claramente a soberania sobre vários domínios da Internet, a propósito do bom funcionamento do mercado interno e agora, também, da edificação da sociedade da informação. Ao mesmo tempo, porém, o arsenal tecnológico dos mecanismos de auto-regulação e de resolução extrajudicial de conflitos parecem assemelhar-se a “práticas de justiça privada”⁷.

I. O Problema da Jurisdição na Internet

1. A natureza “multi-jurisdicional” da internet

O problema da jurisdição na internet é certamente um dos mais complexos e delicados temas do chamado direito cibernético. Com efeito, a natureza ubiqüitária da internet dificulta a determinação prática dos critérios de conexão em matéria de competência internacional dos tribunais. Em virtude da dimensão internacional do comércio

⁶ Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa de um Futuro Próximo*, in *Sociedade da Informação*, APDI, Coimbra, 1999, p. 11.

⁷ Yves Pouillet, *Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique*, *Revue Ubiquité*, 5, 2000, p. 57. Sobre esta matéria, vide - para além dos nossos diversos trabalhos e bibliografia aí referida -, nomeadamente: J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001; M. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, 1996; L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, *Harvard Law Review* 2000, p. 501; Dan L. Burk, *Jurisdiction in a World Without Borders*, *Vanderbilt J. L. & Tech.* 1997, p. 3; Jack Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, *Chicago Law Review* 1998, p. 1199; David Johnson and David Post, *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review* 1996, p. 1367; Neil Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory*, *California Law Review* 2000, p. 395; Joel Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, *Texas Law Review* 1998, p. 553; Michael Froomkin, *The Internet As a Source of Regulatory Arbitrage*, in Brian Kahin & Charles Nessen (eds.), *Borders in Cyberspace*, 1997; John Perry Barlow, *A Declaration of Independence of Cyberspace*, <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>; James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty & Hard-Wired Censors*, <http://www.james-boyle.com/>; David R. Johnson & David G. Post, *And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law*, <http://www.cli.org/emdraft.html>; Michael Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, 1997.

electrónico fala-se, com propriedade, da natureza “multi-jurisdicional” da Internet, que estaria associada a uma ideia de “Forum Shopping” ou de jurisdição virtual no ciberespaço.

Em termos gerais, a problemática da jurisdição na Internet analisa-se em três questões fundamentais. Primeira: qual é o tribunal competente? Segunda: qual é a lei aplicável ao litígio? Terceira: como reconhecer e executar num Estado as decisões proferidas pelos tribunais de outro Estado? Por outras palavras, situando as questões na ordem jurídica portuguesa, pergunta-se: em que condições pode um tribunal português declarar-se competente para julgar um litígio resultante de comunicações electrónicas na Internet? Depois, uma vez determinada a sua competência, que lei deverá aplicar o nosso tribunal a esse litígio? Finalmente, proferida a sentença, será a sua decisão reconhecida e executada pelos tribunais de outros Estados?

Estas são as principais questões em que se analisa o problema da jurisdição na Internet. O presente trabalho não pretende dar respostas a todas elas. Desde logo, não abrange a jurisdição em matéria criminal e administrativa e fiscal. Além disso, limita-se a certos aspectos da responsabilidade civil contratual e aquiliana, deixando de fora outros domínios do direito privado, como sejam, nomeadamente, o direito da família e das sucessões. Acresce que as questões da lei aplicável e do reconhecimento e execução de sentenças não serão senão referidas de passagem.

Pela positiva, este trabalho centra-se nas questões da determinação do tribunal competente em aspectos importantes do direito civil e comercial, abordando também, sumariamente, a problemática dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADRs), como sejam as medidas tecnológicas de protecção e de gestão de direitos (em especial no domínio dos direitos de autor), os mecanismos de auto-regulação (os códigos de conduta) e a arbitragem por meios electrónicos.

2. Principais fontes normativas

Para apurar da sua competência para decidir um litígio internetico, o tribunal português começará por consultar o Código de Processo Civil. Com efeito, este diploma regula a competência internacional dos tribunais portugueses, prevendo determinados elementos condicionantes ou factores de atribuição da competência internacional, como sejam ter o réu domicílio em território português ou ter sido praticado aí o facto que serve de pedir na acção; além disso, prevê também situações de competência exclusiva dos tribunais portugueses, como seja nos casos de acções que tenham como objecto principal a apreciação da validade da inscrição em registos públicos de quaisquer direitos sujeitos a

registo em Portugal.⁸ Eis, portanto, algumas situações de competência internacional dos tribunais portugueses segundo o Código de Processo Civil.

Porém, o tribunal português não poderá limitar-se ao CPC. Deverá atender, de igual modo, às Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988), relativas à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, com excepção das matérias por elas excluídas, como sejam o estado e capacidade das pessoas, os regimes matrimoniais e o direito das sucessões⁹. No quadro destes instrumentos internacionais, o factor de conexão relevante é o réu ter ou não domicílio num Estado não contratante.

Além disso, a partir de 1 de Março de 2002, deverão os tribunais portugueses determinar a sua competência segundo o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial¹⁰. Este instrumento jurídico comunitário, que é vinculativo e directamente aplicável, incorpora as Convenções de Bruxelas e de Lugano revistas, sendo revelador de como os regulamentos parecem “estar a ganhar terreno” na harmonização do direito privado europeu¹¹.

No plano internacional, anuncia-se a aprovação do Projecto de Convenção de Haia sobre competência judiciária e decisões estrangeiras em matérias civis e comerciais^{12,13}

⁸ Mais em pormenor, o Código de Processo Civil Português regula a competência internacional dos tribunais portugueses (CPC, arts. 61.º, 65.º e 65.º-A), fixando determinados elementos condicionantes ou factores de atribuição da competência internacional. Para começar, a competência internacional dos tribunais portugueses depende da verificação de alguma das seguintes circunstâncias (art. 65.º): 1.º - ter o réu ou algum dos réus domicílio em território português - considerando-se domiciliada em Portugal a pessoa colectiva cuja sede estatutária ou efectiva se localize em território português, ou que aqui tenha sucursal, agência, filial ou delegação -, salvo tratando-se de acções relativas a direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis sítos em país estrangeiro; 2.º - dever a acção ser proposta em Portugal, segundo as regras de competência territorial estabelecidas na lei portuguesa (ver arts. 71.º e seq.); 3.º - ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na acção, ou algum dos factos que a integram; 4.º - não poder o direito invocado tornar-se efectivo senão por meio de acção proposta em território português, ou não ser exigível ao autor a sua propositura no estrangeiro, desde que entre o objecto do litígio e a ordem jurídica nacional haja algum elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real. Depois, o CPC prevê determinados casos de competência exclusiva dos tribunais portugueses (art. 65.º-A), como sejam: as acções relativas a direitos reais ou pessoais de gozo sobre bens imóveis sítos em território português (1), os processos especiais de recuperação da empresa e de falência, relativamente a pessoas domiciliadas em Portugal ou a pessoas colectivas ou sociedades cuja sede esteja situada em território português (2), as acções referentes à apreciação da validade do acto constitutivo ou ao decretamento da dissolução de pessoas colectivas ou sociedades que tenham a sua sede em território português, bem como para as destinadas a apreciar a validade das deliberações dos respectivos órgãos (3), e, finalmente, as acções que tenham como objecto principal a apreciação da validade da inscrição em registos públicos de quaisquer direitos sujeitos a registo em Portugal (4).

⁹ Vide M. Teixeira de Sousa / D. Moura Vicente, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994.

¹⁰ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

¹¹ Jorge Sinde Monteiro, *Assinatura Electrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001, p. 271 (17. “Europeização” do direito privado).

¹² The draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW / CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS adopted by the Special Commission on 30 October 1999 - amended

3. Do direito conflitual adjectivo em geral

Antes de entrar na análise dos critérios positivos, interessa esboçar, ainda que muito sucintamente, os princípios em torno dos quais se configura o problema da competência judiciária internacional.

Começemos por enunciar uma hipótese de trabalho, que ilustre litígios emergentes na internet. Suponha-se, por exemplo, que uma determinada página na internet pertence a uma empresa com sede principal em França, estando alojada num servidor inglês com um nome de domínio "microsoftware.uk". Essa página vende em linha programas de computador "piratas" bem como "chaves falsas" de obras digitais (por ex., jogos de computador) a preços inferiores aos praticados pelos titulares de direitos. Além disso, essa página da Internet utiliza como metadados marcas registadas na Alemanha e utiliza um processo de negociação electrónica cuja patente havia sido pedida junto do Instituto Europeu de Patentes. Contém, ainda, links "profundos" para páginas de jornais famosos e permite o descarregamento de obras protegidas (músicas e vídeos) e imagens de terceiros (fotografias de modelos), como "brindes" para entreter os seus clientes enquanto aguardam o descarregamento dos programas de computador que adquirem. De igual modo, oferece "bolinhos" (*cookies*) aos seus visitantes, para estabelecer com eles uma relação mais estreita e contém diversas mensagens de natureza promocional não identificadas. Finalmente, contém um "link" para as condições gerais de utilização da página e de aquisição dos programas e dos "códigos pirata" nos termos da qual será competente para decidir todos os litígios o tribunal da capital das Ilhas Caimán e será aplicável a lei deste país¹⁴.

Alguns dos clientes pretendem ser ressarcidos pelo cumprimento defeituoso dos contratos que celebraram com a "Microsoftware". Além disso, os titulares de direitos sobre os diversos elementos da página pretendem ser indemnizados pelos prejuízos causados por ela bem como obter o encerramento daquela "loja virtual". Finalmente, alguns visitantes queixam-se de que têm recebido diversas mensagens de correio electrónico com

*version (new numbering of articles)). A adequação do projecto inicial da Convenção de Haia às exigências próprias do comércio electrónico tem sido debatida por um grupo de peritos, cujas principais conclusões constam do documento *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Hague Conference, 2000 (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL JURISDICTION, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, *Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, Preliminary Document No 12 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001*, <http://www.hcch.net/>).*

¹³ Do outro lado do Atlântico, é de referir, por exemplo, que o Grupo de Trabalho da ABA sobre o Projecto Ciberespaço publicou recentemente o seu relatório, o qual versa sobre matérias como a publicidade e a protecção do consumidor, a protecção de dados, a propriedade intelectual, os sistemas de pagamento e a banca electrónica, as vendas de bens, a prestação de serviços e a fiscalidade na internet. *Transnational issues in cyberspace: a project on the law relating to jurisdiction*, ABA, www.kentlaw.edu/cyberlaw/.

¹⁴ O exemplo das Ilhas Caimán é dado por J. Ribas Alejandro, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999, p. 126.

ofertas não apenas provenientes da “Microsoftware” mas também de outras empresas às quais aquela terá cedido os seus perfis de internautas.

Que tribunal ou que tribunais serão competentes para decidir os litígios emergentes desta actividade? Os tribunais das Ilhas Caimán? Não poderá a Microsoftware ser demandada perante um tribunal de um Estado-Membro, nomeadamente Portugal?

Antes de procurar resposta em face dos instrumentos normativos referidos, comecemos por esboçar, ainda que muito sucintamente, os princípios em ponderação no problema da competência judiciária internacional.

De um modo geral, o problema articula-se em torno de *um princípio de equilíbrio entre as partes*, aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro.¹⁵

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

Além do mais, o princípio do equilíbrio entre as partes exige que seja tida em consideração a relação de forças entre as partes, protegendo a parte mais fraca (por exemplo, os consumidores), quer através de regras especiais de competência mais favoráveis aos seus interesses quer através de limitações à sua liberdade na celebração de pactos atributivos de jurisdição.

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

¹⁵ Ver G. Kaufmann-Kohler, *Internet: Mondialisation de la Communication – Mondialisation de la Résolution des Litiges?*, in K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998, p. 92 ss. Sobre o princípio da não transatividade das leis no DIP *vide*, em especial, Baptista Machado, *Âmbito e eficácia de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 119 ss, e *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1974, p. 9; cfr. F.J. Bronze, *Apontamentos*, cit., p. 65-6; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973.

II. A liberdade de circulação de decisões em matéria civil e comercial e o Regulamento 44/2001 do Conselho da União Europeia

Em que termos terão os referidos princípios informado o regime previsto no Regulamento 44/2001 do Conselho da União Europeia?

O Conselho da União Europeia adoptou em 22 de Dezembro de 2000 o Regulamento (CE) n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.¹⁶ Este Regulamento afirma-se como um pilar da construção jurídica de uma nova liberdade do mercado interno: *a liberdade de circulação das decisões judiciais*. Com efeito, considerando-se uma medida necessária para o bom funcionamento do mercado interno, o Regulamento 44/2001 visa alcançar, nesse quadro, “o objectivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial” (cons. 6). Para o efeito, inclui no seu âmbito de aplicação material o “essencial da matéria civil e comercial” (cons. 7) e abrange, em princípio, todos os litígios que tenham conexão com o território dos Estados-Membros vinculados pelo Regulamento, consistindo essa conexão no domicílio do requerido num desses Estados.

Por outro lado, a liberdade de circulação de decisões visada pelo Regulamento exige que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas e executadas num outro Estado-Membro, ainda que o devedor condenado esteja domiciliado num Estado terceiro (cons. 10), critério este que tem especial relevo no que respeita às competências exclusivas.¹⁷

1. A regra geral do foro do domicílio do demandado

As regras de competência assentam no princípio do *forum defensoris*. Isto é, o Regulamento Europeu atribui, como regra geral, competência judiciária aos tribunais do Estado de domicílio do réu, independentemente da sua nacionalidade (art. 2.º). Além disso, o Regulamento estabelece competências especiais relativamente a certas matérias, permitindo que o réu possa ser demandado perante os tribunais de um Estado-Membro no qual não se encontra domiciliado. Por outras palavras, o Regulamento estabelece o princípio de competência judiciária segundo o qual as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado (art. 2.º, 1).

¹⁶ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1-23.

¹⁷ De notar ainda que, em matéria de providências cautelares, o Regulamento permite que a adopção de medidas cautelares seja requerida às autoridades judiciais de um Estado-Membro mesmo que não sejam as competentes para conhecer da questão de fundo (art. 31.º).

Em desvio a este princípio, o Regulamento prevê que as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro só podem ser demandadas perante os tribunais de um outro Estado-Membro por força das regras enunciadas nas secções 2 a 7 deste capítulo, nas quais são fixados critérios sobre competências especiais para a responsabilidade contratual e extracontratual (sec. 2), bem como competências em matéria de seguros (sec. 3), contratos celebrados por consumidores (sec. 4) e contratos individuais de trabalho (sec. 5), e ainda competências exclusivas em certas matérias (sec. 6) e a extensão de competência em especial através de pactos atributivos de jurisdição (sec. 7).

Em suma, o Regulamento estabelece a regra geral do foro do domicílio do demandado (*forum defensoris*). Porém, esta regra geral acaba por se revelar residual, em virtude do regime de competências especiais e exclusivas que prevê, bem como do papel que reconhece à liberdade das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição.

Assim, pergunta-se se o tribunal português poderia decidir alguns dos litígios emergentes da actividade da "Microsoft". Desde logo seria necessário apurar se esta empresa tem domicílio em Portugal. Para o efeito, segundo o Regulamento (art. 59.º), o juiz do tribunal português junto do qual a questão tivesse sido submetida deveria aplicar a sua lei portuguesa. Nos termos do CPC, considera-se domiciliada em Portugal a pessoa colectiva cuja sede estatutária ou efectiva se localize em território português, ou que aqui tenha sucursal, agência, filial ou delegação. Por esta via, a empresa não teria domicílio em Portugal. Todavia, considerando o Código Civil, o juiz português poderia considerar essa hipótese, argumentando que a empresa exerce a sua actividade profissional em Portugal através da internet, considerando-a portanto domiciliada em Portugal para efeitos das relações que estabeleça com consumidores residentes em Portugal (art. 83.º).

Contra esta perspectiva poder-se-ia invocar, porém, a Directiva sobre o comércio electrónico, nos termos da qual: "(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.”¹⁸

A importância da identificação dos prestadores dos serviços justificou, aliás, que a Directiva sobre o comércio electrónico tivesse previsto uma norma¹⁹ obrigando os Estados-Membros a assegurarem que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente, pelo menos, às seguintes informações²⁰: nome do prestador (1); endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido (2); elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele (3); caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo (4); caso determinada actividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente (5); no que respeita às profissões regulamentadas, a organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito, o título profissional e Estado-Membro em que foi concedido, e a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões (6); caso o prestador exerça uma actividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (7); sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação deverá ser clara e inequívoca e explicitar obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega (8).

¹⁸ Este critério de determinação do local de estabelecimento do prestador de serviços deverá informar a regra de determinação do domicílio das pessoas ou pessoas colectivas prevista no Regulamento, nos termos da qual será o local da sede social ou da administração central ou do estabelecimento principal dessa pessoa jurídica (art. 60.º, 1).

¹⁹ Cfr. art. 5.º sob epígrafe “informações gerais a prestar”.

²⁰ Para além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, em especial dos que resultam da Directiva sobre os 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) e da Directiva sobre indicação de preços (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).

2. Competências especiais

Em matéria de competências especiais, o Regulamento distingue consoante se trate de responsabilidade extracontratual ou de responsabilidade contratual. Para as situações de responsabilidade extracontratual o Regulamento prevê a competência especial do foro onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso. Para as situações de responsabilidade contratual é prevista uma regra de competência especial, nos termos da qual o devedor poderá ser demandado perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em causa.

2.1. Responsabilidade extracontratual (art. 5.º, 3): *forum delicti commissi*

O Regulamento prevê a competência especial do foro onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso para as situações de responsabilidade extracontratual. Este critério especial de competência suscita várias questões no domínio da Internet em virtude da sua natureza ubiqüitária estranha a critérios de conexão física e territorial.

Desde logo, o que é que se entende por facto danoso? A actividade causadora do prejuízo? A produção do efeito lesivo? Ou ambas? Pense-se, por exemplo, numa situação de violação de direitos de autor na Internet, em que uma página na Internet permite a qualquer pessoa fazer cópias de obras protegidas: o facto danoso, seja distribuição ou comunicação interactiva ao público, ocorreu ou poderá ocorrer no país de domicílio do dono da página da internet e/ou antes no foro do ou dos utilizadores que realizaram cópias das obras na memória dos seus computadores ou noutros dispositivos (por ex., leitores MP3)? E no caso de violações ao direito moral? Poderão os tribunais dos países de *droit d'auteur* concluir, à semelhança da célebre decisão *Huston*, "que em França não pode ser cometido nenhum atentado à integridade de uma obra literária e artística, qualquer que seja o Estado em cujo território essa obra tiver sido divulgada pela primeira vez", potenciando assim a "vocação universal" na Internet da lei francesa e, por arrastamento, dos seus tribunais²¹? O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os casos de alegadas infracções a direitos de marca. Suponha-se que uma empresa opera um sítio da rede num determinado país utilizando um signo que não foi aí registado por ninguém, mas todavia exerce a sua actividade económica de um modo que alegadamente infringe a marca noutros países onde está registada: onde é que ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso e, por conseguinte, qual é o foro competente?²²

²¹ P.Y. Gautier, *Les aspects de droit international privé (France)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Kluwer, 1997, 297.

²² Cfr. *WIPO Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Rights*, Geneva May, 2000, p. 13 (<http://ecommerce.wipo.int>). Note-se, em todo o caso, que os direitos de propriedade intelectual são criações legais de natureza fundamentalmente territorial (Convenção de Paris, art. 2(1), Convenção de Berna, Acordo ADPIC), em termos de que se a marca não é protegida num determinado país então é como se não existisse aí.

A jurisprudência do TJCE, num caso relativo a difamação por meio da imprensa, acolheu a “teoria da ubiquidade”, configurada pelo princípio de que o tribunal do “país de origem” seria competente para decidir o litígio em toda a sua extensão, reconhecendo, porém, ao mesmo tempo, competência aos tribunais dos outros Estados relativamente aos danos aí sofridos pelo autor da demanda²³. Esta “fragmentação” da jurisdição justificar-se-ia, segundo o Tribunal, pelo imperativo de boa administração da justiça, uma vez que cada um dos Estados de destinação seria territorialmente o mais qualificado para apreciar a difamação cometida nesse Estado e determinar a extensão do prejuízo correspondente (cons. 23-32).

Ora, será que a *ratio decidendi* do precedente *Fiona Shevill* oferece resposta para os litígios de responsabilidade extracontratual na internet? Isto é, num quadro de acessibilidade universal de uma página, serão virtualmente competentes todos os tribunais, ao menos para apreciar a extensão dos danos no âmbito da respectiva jurisdição?

Se assim for, poder-se-á antecipar que a internet será um campo de aplicação da chamada teoria Bogsch, elaborada pela doutrina alemã e acolhida parcialmente pelos tribunais deste país. Nos termos da teoria Bogsch, a lei dos países de recepção de sinais televisivos seria aplicável na medida em que a lei do país de origem não garantisse

Deste modo, poder-se-ia interpretar o Regulamento no sentido de que o facto danoso só poderia ter ocorrido ou ocorrer nos Estados onde a marca fosse protegida (por ex., através do aparecimento alegadamente infractor do signo nos ecrãs dos computadores), cabendo portanto jurisdição aos respectivos tribunais. Em alternativa, segundo a regra geral de jurisdição, o titular da marca poderia demandar a empresa alegadamente infractora perante os tribunais do local de domicílio (cfr. *idem, ibidem*, p. 14; especificamente sobre a problemática da protecção das marcas vide G. Dinwoodie, *Private International Aspects of the Protection of Trademarks*, WIPO/PIL/01/4, in WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 - <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>).

Por outro lado, declarando-se o tribunal competente para decidir o caso, terá seguidamente que determinar a lei aplicável para julgar do mérito do litígio. As questões que agora se colocam são fundamentalmente as mesmas que surgem no problema da determinação da competência judiciária, acentuando-se também a sua complexidade no ambiente de linha. Em matéria de direitos de autor, a Convenção de Berna prevê que numa situação de alegada infracção aos direitos de autor “a extensão da protecção, bem como os meios de recurso garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos, regulam-se exclusivamente pela legislação do país onde a protecção é reclamada” (art. 5.º, 2, 2.ª parte). A interpretação dominante desta norma defende que não se trata da legislação do foro competente mas antes da legislação do Estado para o qual a protecção é requerida contra infracções aí cometidas (cfr. WIPO Primer, p. 100, citando o relatório de J.C. Ginsburg, *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*, 1998, com mais referências). Em conformidade com esta interpretação, então a colocação de uma obra acessível na Internet poderá tornar abstractamente aplicável uma multiplicidade de leis, desde a lei do país de origem da mensagem e as leis de todos os países nos quais a mensagem for acessível. Em vista disto, poder-se-ia pretender estender a regra do país de origem constante da Directiva Satélite e Cabo (art. 2(b)) para simplificar a questão da lei aplicável. Porém, esta solução acarreta o risco de certos países se transformarem em paraísos de direito de autor, para além de que a localização da origem poder ser impossível em virtude de a fonte ser anónima, para não mencionar que poderá ser feita uma separação entre função e localização dos diversos elementos (por ex., o operador do site poderá localizar o seu servidor ou servidores em jurisdições diferentes daquela em que se encontra localizado) – cfr. *idem, ibidem*, p. 20.

²³ Cfr. *Fiona Shevill c. Presse S.A.*, 7.3.1995, Rec. 1995, I-415.

protecção adequada²⁴. Adaptando esta teoria do direito internacional privado ao problema da competência judiciária internacional em matéria de responsabilidade extracontratual dir-se-á que os tribunais de cada Estado-Membro nos quais as páginas da internet sejam acessíveis poder-se-ão declarar competentes para apreciar litígios na internet na medida em que os tribunais do país de origem não assegurem protecção adequada, ao menos segundo os padrões mínimos de protecção garantidos pelos instrumentos internacionais²⁵.

Isto significa, por outro lado, que a determinação do local de ocorrência do facto danoso nas comunicações pela Internet não deverá ser mediada, ao menos exclusivamente, pela regra constante da Directiva Satélite e Cabo²⁶, nos termos da qual a comunicação ao público se verifica apenas no Estado-Membro de origem (ou equivalente) dos sinais portadores do programa²⁷. Com efeito, essa regra favorecerá os chamados “paraísos digitais”, tanto mais que, segundo a Directiva sobre o comércio electrónico, a actividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos no espaço económico europeu não seria considerada equivalente à actividade do país de origem em virtude das isenções de responsabilidade nos casos de simples transporte, armazenagem temporária e armazenagem em servidor²⁸.

De todo o modo, a indeterminação do critério de competência nas situações de responsabilidade extracontratual poderá ter o efeito de fragmentar a jurisdição com a consequente multiplicação de acções (“*Forum Shopping*”). Por exemplo, a utilização de uma marca na Internet poderá ser potencialmente processada em qualquer país do mundo, cabendo aos tribunais determinar se existe um nexo suficiente que justifique a sua jurisdição. Quando poderão os tribunais concluir pela existência de um nexo suficiente? Será adequada a jurisprudência estadunidense, nos termos da qual, seguindo a doutrina do *stream of commerce* (*International Shoe C. V. Washington, 1945*), dever-se-á distinguir consoante o site seja passivo, activo ou antes interactivo (*Blue Note*), exigindo-se que a jurisdição seja “directamente proporcional à natureza e à qualidade da actividade

²⁴ Cfr. Dreier, *Private international law aspects (Germany)*, in *Copyright in Cyberspace, cit.*, p. 303. Analisando a competência judiciária dos tribunais alemães em situações de responsabilidade extracontratual norteadas pelo critério do “Ort des Primärschadens” vide, nomeadamente, N. Härtling, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999, p. 25 ss.

²⁵ Neste sentido, Paul Torremans, *Private International Law Aspects of IP – Internet Disputes*, in L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000, p. 245.

²⁶ Recusando o critério desta directiva na internet vide, nomeadamente, T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998, p. 191.

²⁷ Art. 1.º, 1 e 2 Directiva Satélite e Cabo (Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo). Outra objecção que se levanta à aplicação desta regra na Internet é o facto de a decisão ter efeitos globais, proibindo a acessibilidade da mensagem mesmo em países nos quais não fosse considerada ilícita. Assim, por exemplo, a regra do país de origem reforçaria a amplitude dos direitos de propriedade intelectual, contornando o princípio da territorialidade que tradicionalmente os delimita.

²⁸ Cfr. arts. 12.º, 13.º e 14.º da Directiva sobre comércio electrónico.

comercial que uma entidade exerce na Internet" (*Zippo Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, SNY 1999), isto é, atender ao "nível de interactividade e natureza comercial da troca de informação" (*Hornell Brewing v. Rosebud Sioux Tribal Court*, 8th Circ. 1998)²⁹?

²⁹ Cfr. WIPO Primer, p. 13-4. Neste passo será de considerar desde logo se um tribunal não deveria declinar jurisdição no caso de os utilizadores de um signo pretendessem evitar uma ligação com um determinado país através da colocação de um "aviso" no seu sítio da rede. Desse modo, a utilização dos signos seria territorializada, evitando acções em países nos quais pudessem existir direitos conflituantes. Note-se, todavia, que a recente jurisprudência estadunidense (*World Film Services v. RAI*, SDNY 1999) considerou satisfeito o critério do "doing business" pelo simples facto de a empresa estrangeira ré ter no território do foro uma subsidiária cujas operações controla, apesar de esta não ser parte directa da relação material controvertida. Cfr. J. Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (2000 Update), WIPO/PIL/01/2, p. 4, in *WIPO Forum on private International Law and Intellectual Property*, Geneva, January 30 and 31, 2001 – <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>.

Ora, parece seguro que a utilização do signo na Internet apenas pode infringir uma marca se esse uso puder ser considerado como ocorrendo no país em que a marca goza de protecção. A questão suscita-se em que condições poderá o aparecimento de uma marca na Internet constituir uso numa determinada ordem jurídica e dar origem a infracção, podendo a noção de infracção ser extensiva ou restritiva. Segundo um conceito extensivo ou amplo de infracção, seria suficiente que o signo fosse visível num ecrã de computador situado num país no qual exista um direito de marca protegido. Esta noção ampla de infracção foi adoptada, por ex., nas decisões do Tribunal de Grande Instance de Nanterre, *Ordonnance de référé* (October 13, 1996); *SG2 v. Brokat Informationssysteme GmbH* ("payline") e do *Kammergericht Berlin*, 5 U 659/97 (March 25, 1997) ("Concert-Concept"). Além disso, afirma-se também que o uso de uma marca num sítio passivo da rede (por ex., um sítio que é dedicado à publicidade) deverá ser considerado como infracção ao direito de marca. Ora, desta perspectiva decorre que o direito exclusivo da marca terá praticamente um efeito mundial, podendo ser inclusivamente utilizado para bloquear um uso que nem foi destinado a um país nem produz aí um efeito significativo, para além da mera visibilidade do signo num ecrã de computador. Pelo que, se assim fosse, o uso de um signo na Internet estaria potencialmente sujeito a litigiosidade em todos os países do mundo. Segundo um conceito mais restritivo, a determinação de uma infracção exige uma ligação ou conexão entre o uso do signo na Internet e o país no qual a marca goza de protecção. Todavia, esta perspectiva presta-se a que os diversos países adoptem padrões diferentes no que respeita à determinação dessa conexão relevante. Em todo o caso, parece que a determinação de uma conexão com um país deverá exigir que o utilizador intente produzir um efeito nesse país ou que um tal efeito seja pelo menos previsível. Nesse sentido, será necessário distinguir os vários níveis de interactividade de um sítio nos quais o signo é usado, no sentido de abranger, de igual modo, a utilização num contexto publicitário - sobre a utilização publicitária e contratual como meta-dados de signos protegidos por direitos exclusivos vide J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit., p. 213, e o nosso *Meta-tags, marca e concorrência desleal* (2001), *Direito Industrial*, Vol. III, APDI; para o direito comparado, vide, por ex., D. M. Cendali / C. E. Forssander / R. J. Turiello Jr., *An Overview of Intellectual Property Issues Relating to the Internet*, *Trademark Reporter*, 89, 1999, p. 529-532; S. Chong, *Internet Meta-tags and Trade Mark Issues*, *E.I.P.R.*, 1998, pp.275-277; N. Greenfield / L. Cristal, *The Challenge to Trademark Rights by Web Technologies: Linking Framing, Metatagging and Cyberstuffing*, *Trademark Law and the Internet*, 1999, pp.207-216; T. F. Presson / J. R. Barney, *Trademarks as Metatags: Infringement or Fair Use?*, *AIPLA Quarterly Journal*, 1998, pp.147-178; D. M. Kelly / J. M. Gelchinsky, *Trademarks on the Internet: How Does Fair Use Fare?*, *Trademark World*, 114, 1999, pp.19-22; C. Curtelin, *L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales*, in *Révue de Droit de L'Informatique et des télécoms*, 3/1999, p. 16 ss). Além do mais, um outro aspecto que interessa considerar diz respeito ao efeito global das injunções na Internet. Com efeito, o âmbito de protecção do direito de marca é determinado não apenas pela definição de quando esse direito é infringido, mas também pela especificação das medidas disponíveis para o titular do direito quando uma infracção ocorre. Ora, sendo um direito de marca infringido pelo uso de um signo na Internet põe-se a questão de saber se o seu proprietário deverá poder exigir, com recurso aos tribunais, que o réu fique impedido de realizar qualquer uso do signo através da Internet. Na verdade, uma tal providência cautelar terá um efeito tão global quanto a própria Internet. Parece existir um crescente consenso internacional segundo o qual a protecção das marcas dever estender-se à Internet e que essa protecção não deverá ser nem mais nem menos ampla do que aquela que vigora no mundo físico. Neste sentido, a protecção do direito de marca tradicional no ciberespaço não deveria ter o efeito de uma marca nacional (e, portanto, territorialmente limitada) originar um direito exclusivo à escala global através da Internet. Pelo que consideramos correcto que as providências disponíveis sejam, tanto quanto possível, limitadas ao território no qual o titular detém um direito exclusivo, no sentido de os tribunais nacionais limitarem os efeitos das suas decisões ao território no qual a marca infringida beneficia de protecção. Isto significa que também aqui caberá aos tribunais um papel criativo na elaboração de "soluções equitativas", tal como obrigando o utilizador de um signo na Internet a tomar medidas razoáveis para evitar contactos com

O projecto de Convenção de Haia pretende solucionar esta questão dispondo que, no caso de uma acção ser proposta nos tribunais de um Estado apenas com base em que o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer aí, esses tribunais só terão jurisdição relativamente ao facto danoso que ocorreu ou poderá ocorrer nesse Estado, a menos que a pessoa lesada tenha a sua residência habitual nesse Estado (art. 10.º, 4). Por outro lado, o projecto de Convenção de Haia prevê também que a jurisdição do tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso depende de o demandado não alegar que não poderia ter previsto tal resultado nesse Estado. O grupo de peritos criticou esta solução alegando que quem coloca informação difamatória numa página da rede pode sempre razoavelmente prever que essa informação poderá ser lida em qualquer lugar do mundo.³⁰

Em suma, para as situações de responsabilidade extracontratual o Regulamento dispõe o critério do *forum delicti commissi*. Porém, na Internet este critério revela-se muito fluído: o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer no lugar de origem da mensagem ou antes em todos os locais em que a mensagem é acessível? Deverá o tribunal determinar normativamente esse conceito, em termos de o facto danoso só ter ocorrido ou poder ocorrer se puder constituir, em face da sua ordem jurídica, um ilícito gerador de danos em matéria, por exemplo, de dados pessoais ou de direitos de autor ou de marca?

É muito duvidoso que um tribunal decline competência se uma mensagem originária de outro Estado ofender a sua ordem jurídica, nomeadamente os direitos de personalidade e de propriedade intelectual que aí são reconhecidos, a menos que razoavelmente conclua que essa mensagem não é dirigida ao seu território (por ex., em virtude do nível de interactividade actual ou potencial – *Cybersell, Rosebud*) ou que os tribunais do Estado de origem poderão garantir protecção adequada (teoria *Bogsch*) segundo os padrões mínimos internacionais. Por outras palavras, a questão será deixada à jurisprudência³¹,

o território no qual o titular da marca detém um direito exclusivo, por exemplo, através da colocação de declarações adequadas no seu sítio (“disclaimers”, como referido atrás), utilizando os mecanismos técnicos para bloquear o acesso pelos utilizadores da Internet situados num determinado território. De igual modo, os tribunais poderiam encorajar os utilizadores concorrentes a partilhar um “página de corredor” comum ou a mutuamente fornecerem hiperligações (links) para os respectivos sítios. Finalmente, as injunções globais na Internet deveriam ser apenas admitidas como última ratio, de modo a abranger excepcionalmente os casos em que a utilização do signo na Internet atingiu intencionalmente e de má fé um direito de marca. Nestas situações extremas e decerto excepcionais, seria porventura adequado proibir todas as formas de uso de um signo conflituante na Internet de modo a remover o seu efeito lesivo no território (ou territórios) em que a marca goza de protecção, impedindo esse uso de violar os legítimos interesses do titular da marca. Cfr. WIPO Primer, cit., pp. 40-42.

³⁰ Cfr. Hague Conference, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 8.

³¹ Idênticos critérios serão de considerar nos casos em que o Regulamento não é aplicável em virtude de o requerido não ter domicílio no território de nenhum Estado-Membro vinculado pelo Regulamento, de modo a interpretar as regras internas previstas no Código de Processo Civil (ter sido praticado em território português

enquanto na doutrina vão sendo feitos apelos no sentido da adopção, sob a égide da OMPI, de um instrumento internacional que clarifique esta matéria³².

2.2. Responsabilidade contratual (art. 5.º, 1)

Os contratos são objecto de uma regra de competência especial, nos termos da qual o devedor poderá ser demandado perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em causa. Entende-se que o lugar de cumprimento da obrigação será o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues no caso da venda de bens (1), ou o lugar onde os serviços foram ou devam ser prestados no caso da prestação de serviços (2)³³.

No domínio do comércio electrónico indirecto parece não haver dúvidas quanto ao local de cumprimento da obrigação. Porém, no âmbito do comércio electrónico directo já se suscitam alguns problemas. Pense-se, por exemplo, na compra e venda de programas de computador efectuada exclusivamente por meios electrónicos, com encomenda, pagamento e entrega em linha mediante transferência electrónica de dados. Trata-se de venda de bens ou antes de prestação de serviços? À primeira vista, parece que a qualificação dos contratos para efeitos da determinação do foro competente será uma questão prévia, cuja solução poderá apontar em sentidos diversos consoante o entendimento perfilhado. A orientação do direito comunitário parece apontar no sentido de que se trata de prestação de serviços.³⁴ Todavia, a discussão não está encerrada.³⁵

o facto - ou alguns dos factos - que serve de causa de pedir na acção, acautelar o efeito útil da decisão, ou não ser exigível ao autor a propositura da acção no estrangeiro: art. 65.º).

³² Vide A. Lucas, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks*, 1998, GCPIC/1, p. 35, *Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks*, Geneva, December 16 to 18, 1998.

³³ Declarando-se o tribunal competente para decidir o caso, terá seguidamente que determinar a lei aplicável para julgar do mérito do litígio. As questões que agora se colocam são fundamentalmente as mesmas que surgem no problema da determinação da competência judiciária, acentuando-se também a sua complexidade no ambiente em linha. Se existir um acordo contratual sobre a escolha da lei, a questão é relativamente simples. Todavia, será sempre necessário atender às regras mandatórias aplicáveis na jurisdição onde a protecção é reclamada. Pense-se, por ex., no princípio da cessão funcional (*Zweckübertragungstheorie*) do direito alemão ou na inalienabilidade dos direitos morais nos países de *droit d'auteur*. Não obstante, o princípio é o do respeito pela escolha da lei feita pelas partes (veja-se, por ex., o art. 3 da Convenção de Roma, que ressalva porém no art. 16.º a sua compatibilidade com a ordem pública do foro competente; veja-se também a sec. 109(a) da UCITA). Nos EUA, o UCC (*Uniform Commercial Code*) exige que a lei escolhida pelas partes apresente uma relação razoável com a transacção em causa (por ex., tratando-se da lei do lugar do cumprimento da obrigação). Porém, este critério poderá ser muito fluido no domínio das transacções do comércio electrónico directo (cfr. WIPO Primer, p. 17). Na falta de um acordo sobre a lei aplicável, será de atender à Convenção de Roma (art. 4.º) e, nos EUA, à UCITA (sec. 109(b) – *vide infra*).

³⁴ Cfr. Directiva sobre o comércio electrónico, cons. 18, ilustrando exemplificativamente a noção de serviços da sociedade da informação (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 de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno); Directiva Bases de Dados, art. 5.º-c, cons. 33 (Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados); Directiva Direito de Autor na Sociedade da Informação, cons. 19 (Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação); Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento

O mesmo problema foi suscitado no âmbito do grupo de peritos encarregado da análise da conformidade do projecto de Convenção de Haia às exigências do comércio electrónico, sustentando-se que o correspondente preceito (o art. 6.º do Projecto³⁶) não seria aplicável aos contratos executados em linha. Deste modo, seria necessária uma regra suplementar para estes contratos, a qual poderia apontar no sentido da competência do foro do lugar do cumprimento ou, mais exactamente, do lugar da entrega da informação, segundo uma redacção semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo do Comércio Electrónico da UNCITRAL³⁷.

O Regulamento parece ter em conta esta solução, uma vez que prevê um outro critério, nos termos do qual se não se tratar de venda de bens nem de prestação de serviços e se as partes nada tiverem convencionado quanto ao lugar de cumprimento da obrigação em questão, será aplicável a alínea a), ou seja, será competente o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão. E que lugar será esse? Recorrendo ao 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL poder-se-ia dizer que, em princípio, seria o lugar do domicílio do destinatário.³⁸

Em suma, nas situações de responsabilidade contratual, o Regulamento prevê o foro do local de cumprimento da obrigação, esclarecendo que esse local será, salvo convenção em contrário, o local da entrega na venda de bens ou o local da prestação nos serviços. Porém, no domínio do comércio electrónico directo não é certo se se trata de venda de bens ou de prestação de serviços. Se interpretarmos o Regulamento à luz do acervo comunitário, exceptuando a Directiva sobre programas de computador³⁹, concluiremos que se trata de serviços. O grupo de peritos da Conferência de Haia debateu a questão em face de um artigo idêntico do Projecto, tendo concluído que esse preceito não seria aplicável no domínio dos contratos do comércio electrónico directo e que seria necessário um preceito

Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio electrónico e fiscalidade indirecta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996.

³⁵ Por exemplo, nos EUA, bem como no Brasil, as leis de implementação dos Tratados da OMPI deixaram em aberto a qualificação dos actos de "distribuição" electrónica, sendo que nos EUA é constante a jurisprudência que admite a distribuição por meios electrónicos. Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 2001, § 48, pp. 568 ss.

³⁶ Article 6 – Contracts. A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which: a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part; b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part; c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

³⁷ Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 (with additional article 5bis as adopted in 1998), Article 15. Time and place of dispatch and receipt of data messages: (4) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph: (a) if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business; (b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence.

³⁸ Cfr. Hague Conference, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 5.

³⁹ Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

de teor semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL. Interpretando o Regulamento de acordo com esses peritos, a questão ficaria em aberto, uma vez que se remete para o critério da responsabilidade contratual, isto é, para o foro do local de cumprimento da obrigação. Isto significa, por outras palavras, que também aqui a jurisprudência terá uma palavra importante a dizer.⁴⁰

2.3. Os pactos atributivos de jurisdição e os contratos de consumo

Os contratos são, de todo o modo, um domínio de eleição para o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição. O Regulamento dá expressão a esse princípio, admitindo tais pactos e fixando aliás a competência exclusiva dos tribunais designados, salvo convenção em contrário. Dispõe que os pactos terão que revestir a forma escrita e admite a sua celebração pela internet uma vez que consagra a equivalência da forma escrita a qualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do pacto (art. 23.º, 2)⁴¹. Porém, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da protecção da parte mais fraca, nomeadamente o consumidor⁴². Vejamos.

A secção 4 do Regulamento fixa critérios especiais de competência em matéria de contratos celebrados por consumidores. Consumidor é a pessoa que celebra um contrato para finalidade estranha à sua actividade comercial ou profissional⁴³. A regra é a de que o

⁴⁰ Num breve apontamento de direito comparado é de referir que a estadunidense UCITA (*The Uniform Computer Information Transactions Act*, 1999) prevê na secção 109(b) um regime de determinação da lei aplicável nos casos de ausência de cláusula contratual, nos termos da qual é aplicável: a lei da jurisdição na qual o licenciante está situado quando o acordo é celebrado nos casos de contratos de acesso e de entrega electrónica de uma cópia (1); a lei da jurisdição na qual a cópia foi ou deveria ter sido entregue ao consumidor no caso dos contratos de consumo que requerem a entrega de uma cópia num suporte tangível (2); a lei da jurisdição com a conexão mais estreita ao contrato em todos os outros casos (3).

⁴¹ Resta saber se a validade e força probatória dessa comunicação será dependente do regime das assinaturas electrónicas instituído pela directiva comunitária (Directiva n.º 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas).

⁴² No sentido de que “os princípios da autonomia das partes e da protecção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia”, R.M. Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, AA.VV., STVDIA IVRIDICA 38, COLLOQUIA – 1, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 124 (e *passim* p. 93 ss).

⁴³ Trata-se de uma definição de consumidor mais estreita do que a prevista em outros instrumentos de direito comunitário, em especial a Directiva sobre o comércio electrónico, a qual define o consumidor como qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º-e). Literalmente, a pessoa singular que não actue para fins alheios à sua actividade empresarial, embora não seja uma actividade comercial ou profissional, não é considerada consumidor para efeitos do Regulamento, embora já o seja no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico. Acentua-se, portanto, a noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário. Sobre esta questão *vide* o nosso estudo *A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDUC/CDC, Coimbra, 2000, p. 59 ss., com mais referências.

consumidor pode intentar uma acção contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor (art. 16.º) ⁴⁴.

Este regime abrange todos os casos - incluindo os contratos de fornecimento de viagens organizadas, embora exceptuando o simples transporte -, em que o contrato é concluído com uma pessoa que tem actividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa actividade, *por quaisquer meios*, a esse Estado-Membro ou a vários Estados-Membros incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essa actividade. Ao referir que essa actividade pode ser dirigida “por quaisquer meios” parece o Regulamento abranger também o comércio electrónico na Internet⁴⁵.

⁴⁴ Por via deste critério poder-se-á dar uma coincidência entre a competência judiciária e a lei aplicável, isto é, o tribunal competente aplicará, verificadas certas circunstâncias, a lei do respectivo Estado-Membro, uma vez que, por força da Convenção de Roma (Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de Junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992), será aplicável a lei do domicílio do consumidor. Com efeito, esta Convenção assenta no princípio de que o contrato se rege pela lei escolhida pelas Partes (art. 3.º, 1); na ausência de estipulação contratual, dispõe que o contrato será regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita, presumindo-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a Parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central (art. 4.º, 1 e 2). Todavia, em desvio a este regime, justificado pelo imperativo da protecção da parte mais fraca, o artigo 5.º (contratos celebrados por consumidores) estabelece que, nos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento, a escolha pelas Partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato (a); ou se a outra Parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país (b); ou se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar (c). A esta limitação à liberdade contratual acresce ainda o critério segundo o qual, na falta de escolha da lei aplicável, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as referidas circunstâncias. Em todo o caso, esta norma de protecção dos consumidores não se aplica ao contrato de transporte e ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual.

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

⁴⁵ Em comparação com o Projecto de Convenção de Haia, este último acrescenta alguns elementos. Em especial, concretiza a noção de dirigir uma actividade a um Estado, através da formulação “designadamente solicitando negócios através de meios de publicidade” (art. 7, 1-a, *in fine*), à semelhança do critério “doing business” da jurisprudência estadunidense. Além disso, acrescenta que o consumidor deverá ter dado os passos necessários para a conclusão do contrato nesse Estado. O Grupo de peritos debateu esta questão tendo

Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio electrónico, uma vez que o exercício de actividades comerciais ou profissionais através da internet ficaria potencialmente sujeito a litigância em todos os Estados-Membros, ou pelo menos os agentes teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países. Além disso, a expressão "dirigir a actividade" na internet a um ou vários Estados-Membros seria de difícil compreensão. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que uma página com textos exclusivamente em Português seria "dirigida" apenas a consumidores residentes em países lusófonos? Com efeito, na doutrina sustenta-se "como sendo dirigido ao país da residência habitual qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja susceptível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet)"⁴⁶.

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

Prevê-se todavia uma possibilidade de derrogação à regra especial de competência que literalmente não parece muito consonante com o princípio da protecção da parte mais fraca. Admite-se a eficácia do pacto atributivo de jurisdição, celebrado mesmo antes do litígio, se permitir ao consumidor recorrer aos tribunais que não sejam os indicados na secção 4. Assim, literalmente, antecipar-se-ia que nos contratos do comércio electrónico os fornecedores de bens ou serviços incluiriam uma cláusula geral nos termos da qual o consumidor poderia recorrer a um tribunal de um país terceiro. Porém, a nosso ver, a validade dessa cláusula é problemática, uma vez que poderá frustrar plenamente o sentido do princípio da protecção da parte mais fraca, senão mesmo o sentido do princípio do acesso à justiça que norteia todo o regime da competência judiciária. Vejamos.

sido sugerido "to include in the rule of conflicts of jurisdiction the concept of a "target". If the enterprise has specifically targeted consumers in a particular country, it would be consistent to decide that the courts of that country have jurisdiction for consumers residing on its territory. On the other hand, if the business uses an unsophisticated site, i.e., one which does not make it possible to target certain consumers, the result will be that no particular conclusion can be drawn as regards jurisdiction. However, this development has been criticised by some experts, and is not unanimously endorsed as yet." *Commerce électronique et compétence jurisdictionnelle internationale*, 2000, p. 7.

⁴⁶ L. Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, Revista da Ordem dos Advogados, 2001, p. 162.

2.4. A possível desprotecção do consumidor no Regulamento 44/2001

O princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre algumas limitações impostas pelo princípio da protecção da parte mais fraca⁴⁷. Com efeito, nos contratos de seguro, de consumo e de trabalho o Regulamento prossegue este princípio por duas vias. Primeiro, estabelece regras especiais de competência mais favoráveis aos interesses da parte mais fraca. Segundo, limita a sua autonomia na celebração de pactos atributivos de jurisdição. Assim, por exemplo, nos contratos celebrados pelos consumidores, dispõe que o consumidor poderá sempre demandar no foro do seu domicílio a outra parte e esta só poderá demandar o consumidor no foro do domicílio dele.

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

À primeira vista tudo parece estar certo: o princípio da protecção da parte mais fraca, em especial o consumidor, justifica limitações à sua autonomia, em especial no que respeita a pactos atributivos de jurisdição que poderiam contornar as regras de competência mais favoráveis aos seus interesses. Não obstante – *et pour cause* –, é estranho que o Regulamento pareça admitir pactos atributivos de jurisdição que permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não os do foro do domicílio do consumidor ou da outra parte, tanto mais que a competência desses tribunais será em princípio exclusiva e poderá ser convencionada mediante adesão “click-wrap” (ou seja, por meios electrónicos) às condições gerais do contrato. Com efeito, as condições de admissibilidade de pactos derogatórios à regra de competência especial nos contratos de consumo são alternativas e não cumulativas, pelo que tal pacto não terá que ser posterior ao nascimento do litígio.

Sob pena de o intérprete concluir que o legislador europeu não foi razoável, ao permitir uma solução susceptível de esvaziar de sentido o princípio da protecção da parte mais fraca – atentando assim contra o “espírito do sistema”⁴⁸, nos dizeres do nosso Código Civil

⁴⁷ Sobre as origens, evolução e sentido deste princípio no direito internacional privado *vide*, por todos, R.M. Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1991.

⁴⁸ Não será, todavia, a primeira vez que o legislador europeu, em nome da protecção do consumidor, consagra soluções que acabam por se revelar manifestamente contrárias ao espírito que, supostamente, as anima. Veja-se, a este propósito, o que escrevemos relativamente à solução da Directiva sobre o comércio electrónico em matéria de contratos negociados e celebrados exclusivamente por correio electrónico em *A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDUC/CDC, Coimbra 2000, p. 110 ss.

-, talvez se deva integrar essa cláusula derogatória com a parte final do preceito, integrada na terceira cláusula derogatória, que ressalva a possibilidade de a lei do Estado-Membro do domicílio do consumidor não permitir tais convenções. Na sua qualidade de garante, o intérprete velaria assim pela razoabilidade do legislador, corrigindo o seu lapso não apenas lógico mas também e sobretudo valorativo.

Ora, neste sentido, seria de considerar que, quer no direito comunitário⁴⁹, quer no direito interno⁵⁰, prevê-se como exemplo indicativo de “cláusula abusiva” aquela que permite suprimir ou entravar acções judiciais (al. q do anexo referido no art. 3.º da directiva) ou que estabelece um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º-g).⁵¹ É verdade que na directiva comunitária a cláusula é meramente indicativa e que no direito português é apenas relativamente proibida. Pelo que, como aliás é próprio das questões que envolvem a boa fé, saber se a lei dos Estados-Membros admite essa convenção é matéria que terá que ser determinada pelos tribunais, segundo o quadro negocial padronizado, isto é, o “paradigma” ou “*modelo*... de determinado sector de actividade”⁵². Por outras palavras, a questão será deixada à jurisprudência, embora possamos antecipar, com algum grau de probabilidade, que um tribunal português considere tal cláusula inválida.

Todavia, o tribunal terá ainda que resolver a “questão prévia” da sua competência, uma vez que para declarar a invalidade de tal pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência com base na lei das cláusulas contratuais gerais o tribunal terá que se considerar competente. Parece-nos que o princípio fundamental da competência judiciária

⁴⁹ Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

⁵⁰ Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro (com a redacção da Declaração de rectificação n.º 114-B/95) e n.º 249/99, de 31 de Julho.

⁵¹ Com efeito, a Directiva sobre as cláusulas abusivas prevê que uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, considerando-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2). Ora, na lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas constantes do anexo, prevê-se a cláusula que permite suprimir ou entravar a possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente à outra parte contratante (al. q). No direito interno, o regime das cláusulas contratuais gerais prevê, como cláusula relativamente proibida, aplicável também nas relações com os consumidores, a cláusula que estabeleça um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º, al. g) - cumpre referir que o artigo 28.º determina que para a acção inibitória é competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas se a residência ou sede do demandado se localizarem no estrangeiro).

⁵² António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 61, AD HONOREM – 1, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 1116.

internacional da protecção da parte mais fraca, em ordem a assegurar encontrar um equilíbrio entre as partes, permitirá fundamentar adequadamente a sua competência, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”, nos termos do art. 23.º, 1, do diploma das cláusulas contratuais gerais (e individuais...) abusivas, na redacção introduzida pela alteração de 99. Pense-se, por exemplo, nos casos de litígios envolvendo consumidores «passivos» residentes em Portugal que encomendem bens pela Internet, devendo os bens adquiridos ser entregados no seu domicílio.⁵³

3. As competências exclusivas

O Regulamento prevê competências exclusivas para certas matérias. Isto é, para decidir os litígios relativos a certas matérias só terão competência os tribunais do Estado-Membro aí definidos. Os direitos de propriedade intelectual assumem especial relevo no domínio da Internet. Ora, justamente para os direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito, o Regulamento prevê uma regra de competência exclusiva, em matéria de inscrição ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos, e outros direitos análogos sujeitos a depósito ou registo (por ex., topografias de produtos semicondutores). Nestes casos têm competência exclusiva os tribunais do Estado-Membro em cujo território o depósito ou o registo tiver sido requerido, efectuado ou considerado efectuado nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional.⁵⁴

Por outras palavras, o Regulamento prevê também competências exclusivas, qualquer que seja o domicílio do demandado. Assim se passa, nomeadamente, em matéria de inscrição ou de validade de direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito (por ex., patentes, marcas). Nestas situações a competência judiciária é atribuída exclusivamente ao foro da realização do depósito ou do registo nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional (art. 22.º, 4).

O princípio que preside a esta regra de competência exclusiva é o da boa administração da justiça. Porém, este regime poderá alargar excessivamente a competência exclusiva relativamente a certos processos sobre direitos de propriedade industrial, uma vez que exclui todos os restantes foros, seja o domicílio do demandado, seja o *forum delicti commissi*, seja inclusivamente o foro designado pelas partes num pacto atributivo de jurisdição (art. 23.º, 5, *in fine*). Em vista disto, o projecto alterado de Convenção de Haia

⁵³ Cfr. o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, EDC, 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001. Especialmente sobre o problema da articulação da Convenção de Roma com a norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais e a prescrição da directiva sobre cláusulas abusivas, vide Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001, pp. 41-3 e 123 ss, com mais indicações.

⁵⁴ Veja-se, entre nós, para os pedidos de patente, arts. 57.º e seg. do Código da Propriedade Industrial; para os pedidos de marca comunitária, art. 25.º e seg. do Regulamento 40/94.

aditou um novo n.º 5 ao art. 12.º, nos termos do qual a competência exclusiva não exclui a jurisdição de nenhum outro tribunal segundo a Convenção ou a lei nacional do Estado Contratante nas acções relativas a violações de patente. É questionável, porém, por que razão deverá este regime valer apenas para as patentes e não para os outros direitos sujeitos a registo, nomeadamente as marcas⁵⁵.

O Regulamento europeu prevê as situações de acções conexas pendentes em tribunais de Estados-Membros diferentes, permitindo ao tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspender a instância, considerando-se conexas as acções ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente (art. 28.º, 1 e 3). Talvez por aqui se possa evitar o efeito da concentração de acções em matéria de violação de direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito em tribunais de determinados países resultante da regra de competência exclusiva.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. WIPO Primer, 16.

⁵⁶ Interessa registar a este propósito um breve apontamento de direito comparado. Segundo Yasuto Komada (*International Jurisdiction Problem on Intellectual Property: An Overview of Japanese Law*, 2001, relatório gentilmente fornecido pelo Autor), no Japão não existe nenhuma regra para as matérias de jurisdição internacional, sendo utilizada, na prática o princípio da *ratio naturalis* (Supreme Court, October 16, 1981, Minshu, vol.35, no.7, p.1224), embora os tribunais devam recusar competência se a aplicação da regra nacional se traduzir num resultado “unfair” segundo a reserva das circunstâncias especiais (Supreme Court, November 11, 1997, Hanreijiho, no.1626, p.74). Por outro lado, no que respeita às acções em matéria de validade de direitos de propriedade intelectual, vale a regra do domicílio do demandado (Código de Processo Civil Japonês, art. 4), embora se reconheça a existência no contexto internacional de uma opinião forte no sentido da competência exclusiva do país do registo do direito em virtude da diversidade de legislações nacionais, da dificuldade de um tribunal decidir as questões de validade de direitos estrangeiros, e finalmente, do risco de que isso possa traduzir-se numa violação da soberania de outro Estado. Porém, no meio académico, algumas vozes pronunciam-se contra a necessidade de introdução de uma tal regra, uma vez que depende da política de cada Estado reconhecer as decisões dos tribunais de outros países e mesmo que um tribunal japonês decida da validade do direito registado noutro país, isso não infringe a liberdade desse país para reconhecer ou recusar o efeito da decisão do tribunal japonês. Relativamente aos direitos não sujeitos a registo, como os direitos de autor, é pacífico a recusa da regra de competência exclusiva. Existe porém um caso sobre titularidade de direitos no qual o Tribunal Distrital de Tóquio - posteriormente confirmado pelo Supremo - declarou não ser competente em virtude de não existir no Japão jurisdição sobre a localização da propriedade segundo o art. 5.º, 4, do CPP (Tokyo District Court, January 28, 1999, Hanreitaimuzu, no.1001, p.236). Por outro lado, no que respeita às acções em matéria de violação de direitos de propriedade intelectual, a lei japonesa (art. 5.º, 9, CPP) estabelece a competência especial do tribunal do lugar do facto danoso (“place of tort”), abrangendo, no contexto internacional, quer o lugar de comissão quer o lugar da produção dos danos. Segundo Komada, os interesses da indústria seriam favoráveis à introdução de uma regra de competência exclusiva, uma vez que o demandado alega normalmente uma excepção de validade do relevante direito de propriedade intelectual, excepto para os direitos de autor (não sujeitos a registo). Com efeito, no Japão não é permitido alegar essa excepção perante o tribunal, a menos que se trate de invalidade óbvia pois poderá tratar-se de uma situação de abuso do direito (Supreme Court, April 11, 2000, Hanreijiho, no.1710, p.68). Além disso, segundo Komada, no meio académico seria muito forte a opinião de que não é necessário introduzir uma tal regra de jurisdição exclusiva com base nos seguintes argumentos. Primeiro, essa defesa temporária não é a questão principal e o efeito da decisão do tribunal apenas vincula as partes envolvidas. Segundo, essa defesa temporária poderá ser também alegada noutros tipos de acções como as acções relativas a contratos de licenças. Terceiro, a introdução de uma tal regra de competência exclusiva poderia ter por efeito a necessidade de demandar em cada país para a protecção de direitos de propriedade intelectual, o que seria injusto para as pequenas empresas. Quarto, a competência exclusiva tornaria inútil qualquer pacto de atribuição de jurisdição nos contratos de licença, os quais têm muita importância nas práticas comerciais internacionais. Quinto, por fim, a competência exclusiva poderia ter efeitos sobre a cláusula de arbitragem. De todo o modo, a jurisprudência japonesa ainda não reconheceu a proposta competência exclusiva em diversos casos de infracção de patentes,

O regime de competências exclusivas estabelecido pelo Regulamento deixa algumas situações em aberto, em especial no que respeita aos direitos de autor, aos nomes de domínio e às marcas de facto.

Para começar, no que respeita aos direitos de autor e direitos conexos, incluindo o direito do fabricante de bases de dados, que podem ser sujeitos a registo ou depósito, nada se diz. Como interpretar o silêncio do legislador europeu? A nosso ver este silêncio significa que aquela regra de competência exclusiva não se aplica aos direitos de autor, uma vez que segundo as Convenções de Berna e de Roma, de que todos os Estados-Membros são parte, a existência de direitos não depende dessas formalidades⁵⁷. Isto é, os direitos de autor são excluídos desta regra de competência exclusiva, uma vez que não estão sujeitos a registo ou a depósito nos Estados-Membros da União Europeia que são todos partes da Convenção de Berna. Neste sentido, aliás, o projecto de Convenção de Haia, embora reconheça que o registo ou depósito desses direitos é possível, exclui-os expressamente do âmbito desta regra de competência exclusiva⁵⁸.

Depois, no que respeita aos nomes de domínio, parece-nos que se excluem desta regra de competência exclusiva, uma vez que não existe instrumento comunitário ou convenção internacional nos termos da qual o registo ou depósito deva ser considerado efectuado.

Mas, integrar-se-ão no âmbito da competência exclusiva prevista no n.º 3, que regula a competência em matéria de validade de inscrições em registos públicos, atribuindo-a aos tribunais do Estado-Membro em cujo território estejam conservados esses registos? De igual modo, nos termos do art. 65.º-A do Código de Processo Civil, são da competência exclusiva dos tribunais portugueses as acções que tenham como objecto principal a apreciação da validade da inscrição em registos públicos de quaisquer direitos sujeitos a registo em Portugal. Assim, será o registo de nomes de domínio um registo público?

Entre nós, "a FCCN – Fundação para a Computação Científica Nacional, recebeu por delegação da IANA – Internet Assigned Numbers Authority, a responsabilidade pelo registo dos domínios específicos de Portugal, i.e. aqueles que se encontram registados

tendo os tribunais em todos eles não declinado competência (Tokyo District Court, June 12, 1953, Kakyuminshu, vol.4, no.6, p.847; Tokyo District Court, November 4, 1999, Hanreitaimuzu, no.1006, p.257; Tokyo High Court, January 27, 2000, Hanreijiho, no.1711, p.13), embora também não tenha sido alegada a defesa de invalidade.

⁵⁷ Cfr. Convenção de Berna, art. 5.º, Convenção de Roma, art. 11.º, Acordo APIC (TRIPs), art. 9.º,

⁵⁸ *Article 12 (Exclusive jurisdiction):* 4. In proceedings which have as their object the registration, validity, [or] nullity[, or revocation or infringement,] of patents, trade marks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction. *This shall not apply to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible.*

imediatamente abaixo do domínio de topo PT⁵⁹. Nessa medida, o registo de nomes de domínio não seria um registo público dada a natureza de ambas entidades. É verdade que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97 se intitula como regulamentando o registo e gestão dos nomes de domínios da Internet para Portugal. Porém, a verdade é que se limitou, nomeadamente, a mandar o Ministério da Ciência e Tecnologia para “dirimir, até à aprovação das medidas legais referidas, todas as divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos domínios ou subdomínios Internet específicos de Portugal.” Ora, as referidas “medidas legais” ainda não foram aprovadas e o novo regulamento da FCCN “adopta, desde já, uma política de resolução extrajudicial de litígios – processo de arbitragem -, a qual, conforme as melhores práticas, fornecerá garantias processuais às partes envolvidas e aplicar-se-á sem prejuízo de eventuais procedimentos judiciais”, reconhecendo porém certos poderes ao MCT⁶⁰. Todavia, significam estes poderes que o serviço de registo de nomes de domínio é um registo público? Tanto mais que a FCCN exerce os seus poderes “no âmbito da delegação efectuada pela IANA - Internet Assigned Numbers Authority (RFC 1032/3/4 e 1591), organização recentemente substituída pelo ICANN- Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (DNS, p. 1).

Em nosso entender, os direitos sobre nomes de domínio são direitos sujeitos a registo, mas cuja realização não é regulada por instrumento comunitário ou convenção internacional. Pelo que nos parece razoável sustentar que o registo de nomes de domínio deverá ser equiparado a um registo público, para efeitos de competência judiciária internacional.⁶¹

⁵⁹ DNS.PT – Serviço de Registo de Domínios de PT. (Setembro de 1999).

⁶⁰ Ver o Regulamento DNS disponível em <http://www.dns.pt/>: “2.11 Arbitragem - 2.11.1. Em caso de conflito sobre nomes de domínios ou de subdomínios, poderão as partes envolvidas acordar em recorrer à arbitragem, regulada nos moldes seguintes: a) Cada parte designará um árbitro, perito na área da Internet. Os peritos designarão, por sua vez, um terceiro perito que servirá de árbitro presidente ao qual caberá voto de qualidade no caso de empate. b) Os custos associados ao processo de arbitragem serão suportados por cada parte em relação ao árbitro que designarem e em metade relativamente ao árbitro presidente. 2.11.2. As partes obrigam-se expressamente a não recorrer a outros meios de resolução de conflitos antes de proferida a decisão arbitral, a qual deve acontecer no prazo máximo de 60 dias a contar da designação dos árbitros. 2.12 Poderes do Ministro da Ciência e da Tecnologia - Ao Ministro da Ciência e da Tecnologia cabe, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, de 5 de Maio, dirimir divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos domínios ou subdomínios Internet específicos de Portugal.”

⁶¹ A este propósito cumpre referir que nos EUA foi adoptada legislação – a *Anticybersquatting Consumer Protection Act* - no sentido de, em certas circunstâncias, a competência judiciária poder ser fundamentada na localização da *res*, isto é, jurisdição *in rem* no local onde um nome de domínio é registado. *Anticybersquatting Consumer Protection Act*, S. 1948, Title III, sections 3000-3010 (November 1999), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d106:s.01255>.

III. OS ADRs e a «Jurisdição Técnica»

1. A teia jurídica extrajudicial

Paralelamente aos meios judiciais tradicionais assiste-se à criação de uma teia jurídica que promove a utilização da tecnologia como medidas efectivas de protecção e de gestão de direitos (em especial no domínio dos direitos de autor), bem como o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), em especial os códigos de conduta e a arbitragem através de procedimentos de resolução em linha de conflitos⁶², sendo de destacar os procedimentos de *notice and take down* instituídos pela DMCA e o sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO *Internet Domain Name Process*.

2. «Technopol» e «Cyberspy»

À semelhança das tradicionais empresas de recortes, existem actualmente empresas especializadas em monitorizar a Internet relativamente a actividades violadoras de direitos de propriedade intelectual e outros. Trata-se de uma espécie de polícia cibernética, que se serve de poderosos motores de pesquisa que percorrem todas as zonas da rede, desde registos de nomes de domínio e páginas comerciais a mensagens de correio electrónico e grupos de discussão.

Porém estes serviços colocam questões delicadas em matéria de privacidade e tratamento de dados pessoais. O objectivo é identificar e localizar conteúdos ilicitamente disseminados na rede, para prevenir os efeitos nefastos da duplicação automática e do “morphing” permitidos pela tecnologia digital. Contudo, ao mesmo tempo, esta polícia tecnológica, cuja máxima é “a resposta para a máquina está na máquina”, recolhe e processa dados pessoais dos utilizadores da rede, em termos que podem atentar contra a sua privacidade. Pense-se no que tem sucedido recentemente com os utilizadores do sistema NAPSTER e afins.

No direito europeu, o nível de protecção de dados pessoais e da privacidade⁶³ não tem paralelo nos EUA. De acordo com o direito europeu, a transferência de dados pessoais só é permitida se eles garantirem uma protecção adequada da privacidade, ao passo que nos EUA a questão tem sido deixada fundamentalmente à auto-regulação do mercado. No

⁶² Vide Directiva sobre comércio electrónico, arts. 16.º e 17.º

⁶³ Ver Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (transposta pela Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro: Lei da Protecção de Dados Pessoais); Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações (transposta pela Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro: Regula o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações).

quadro das negociações entre os dois espaços, a Comissão adoptou recentemente uma decisão relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de porto seguro⁶⁴.

3. A arbitragem electrónica

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

Os procedimentos de resolução em linha de litígios (arbitragem electrónica) poderão satisfazer essas exigências. Partindo do pressuposto de que as regras actuais da arbitragem poderão ser a base a partir da qual se poderá edificar um quadro jurídico da arbitragem electrónica, certas questões, todavia, deverão ser equacionadas, em especial no que respeita aos direitos de acesso aos documentos pelas partes (1), aos procedimentos aplicáveis em caso de ser questionada a sua autenticidade (2), aos contactos para efeitos de notificações (3), ao cálculo dos períodos de tempo tendo em conta as diferenças horárias das partes (4), aos requisitos de escrita e de assinatura das cláusulas do litígio, das comunicações das partes e das decisões (5), e ao encurtamento dos prazos de cumprimento dos diversos passos processuais (6)⁶⁵.

Neste sentido, a Directiva sobre o comércio electrónico, considerando que deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação susceptível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias electrónicas apropriadas e que esse ajustamento deve ter como resultado tornar real e efectivamente possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em situações transfronteiriças (51), dispõe⁶⁶ que os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, *inclusive através de meios electrónicos adequados* (1). Além disso, prevê ainda que os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar

⁶⁴ Decisão da Comissão de 26 de Julho de 2000 nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de "porto seguro" e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América.

⁶⁵ Cfr. WIPO Primer, p. 24.

⁶⁶ Artigo 17.º - Resolução extrajudicial de litígios.

adequadas garantias de procedimento às partes interessadas (2).⁶⁷ Porém, o papel dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos⁶⁸ é consagrado sem prejuízo do recurso aos meios judiciais, nomeadamente no que respeita à possibilidade de intentar acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores previstas na Directiva sobre acções inibitórias⁶⁹.

4. O papel dos intermediários técnicos

Para além do papel da polícia cibernética e da arbitragem é de esperar que as entidades que prestam serviços técnicos de acesso à rede, como sejam os prestadores de serviços da sociedade da informação e as autoridades de registo de nomes de domínio, desempenhem um papel activo ao nível da aplicação efectiva dos direitos. A este propósito são de referir, especialmente, os procedimentos de *notice and take down* instituídos pela DMCA e o sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO Internet Domain Name Process.

4.1. Os procedimentos de *notice and take down* da DMCA

Nos EUA, a DMCA⁷⁰ prevê procedimentos de *notice and take down* no que respeita às isenções de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha. Prevê também procedimentos relativos aos termos apropriados da notificação e regras quanto aos seus efeitos. No procedimento de aviso e eliminação, o titular de direitos de autor apresenta ao agente designado do prestador de serviços uma notificação sob pena de perjúrio, incluindo uma lista de elementos especificados. O não cumprimento substancial dos requisitos legais significa que a notificação não será considerada na determinação do requisito do nível de

⁶⁷ Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001 designou o Instituto do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, como centro de coordenação, funcionando como ponto de contacto nacional, no âmbito da Rede Europeia de Organismos Nacionais de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo.

⁶⁸ Sobre o papel dos ADRs, *vide*, desenvolvidamente, H. Perritt, Jr., *Electronic Commerce: Issues in Private International Law and the Role of Alternative Dispute Resolution*, WIPO/PIL/01/6, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 – <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents/>.

⁶⁹ 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. Refira-se, no direito comparado, que em Junho de 2000 a Comissão Federal do Comércio e o Departamento do Comércio reuniram em Washington para identificar os interesses envolvidos no comércio electrónico quando as transacções são concluídas entre uma empresa e um consumidor, tendo assistido diversos prestadores de serviços de resolução alternativa de conflitos. Os participantes discutiram que vias deveriam ser exploradas no futuro de modo a dar confiança aos consumidores e a incorporação destes métodos alternativos num sistema de resolução de conflitos global, especialmente em relação aos processos judiciais. Ver: www.ecommerce.gov/adr.

⁷⁰ *The Digital Millennium Copyright Act*, 1998, Sec. 512. Para uma crítica à DMCA *vide* P. Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berkeley Tech. LJ, 1999, p. 520; sobre a DMCA poder-se também, com mais referências e descrição sumária em anexo, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXV, Universidade de Coimbra, 1999, p. 475-521.

conhecimento pelo prestador de serviços. Se, tendo recebido uma notificação apropriada, o prestador de serviços prontamente remover ou bloquear o acesso ao material identificado na notificação, o prestador será isento de responsabilidade pecuniária. Além disso, o prestador é protegido contra qualquer responsabilidade relativamente a queixas de qualquer pessoa fundadas em ter eliminado o material.

Depois, são também previstas certas salvaguardas de protecção contra possíveis notificações erróneas ou fraudulentas. Para começar, ao assinante é concedida a oportunidade de responder ao aviso de eliminação preenchendo uma contra-notificação. De modo a poder obter protecção contra responsabilidade por eliminação do material, o prestador de serviços deve notificar prontamente o assinante de que removeu ou bloqueou o acesso ao material. Se o assinante submeter uma contra-notificação observando os requisitos legais, incluindo uma declaração sob pena de perjúrio de que o material foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, então a menos que o titular dos direitos de autor interponha uma acção visando uma ordem de tribunal contra o assinante, o prestador de serviços deverá colocar o material de novo em utilização no prazo de 10 a 14 dias úteis após recebimento da contra-notificação. As representações erróneas conscientes de materiais num aviso ou num contra-aviso são puníveis. Qualquer pessoa que conscientemente represente errónea e materialmente que o material é infractor, ou que foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, é responsável por quaisquer danos daí resultantes (incluindo custas e honorários de advogados) que sofra o alegado infractor, o titular dos direitos de autor ou o seu licenciado, ou o prestador de serviços.

Em comparação, no direito europeu, ao contrário da DMCA, a Directiva sobre comércio electrónico não harmoniza o problema dos "*notice and take-down procedures*" deixando tal possibilidade para os Estados-membros e remetendo tal matéria para o relatório sobre a aplicação e eventual adaptação futura da Directiva, esclarecendo ainda o preâmbulo que a remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efectuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão, deixando-se a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação⁷¹.

⁷¹ Directiva sobre comércio electrónico, art. 21.º, 2, e cons. 46.

4.2. O sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO Internet Domain Name Process

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual recomendou, no âmbito do *Internet Domain Name Process*, a adopção de um sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio, visando resolver eficientemente os litígios multi-jurisdicionais de nomes de domínios.

Este sistema adoptado pela ICANN⁷², que se baseia na liberdade contratual, na auto-regulação e na ausência de legislação nacional e internacional, permite a aplicação directa das autoridades de registo de nomes de domínio das decisões tomadas pelos árbitros administrativos. Além disso, este sistema aplica-se numa base internacional abrangendo os domínios de topo genéricos da Internet (gTLDs), isto é, os mais importantes.

5. Sistemas técnicos de protecção e de gestão de direitos de propriedade intelectual

A informação constitui um recurso económico fundamental no quadro dos serviços da sociedade da informação⁷³. Por seu turno, a propriedade intelectual, por via dos direitos de autor e figuras conexas, surge como a forma jurídica de domínio sobre a informação transaccionada. Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados electrónicas em linha. As bases de dados electrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual⁷⁴.

As bases de dados são definidas em termos amplos, consistindo em colectâneas de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros (art. 1.º, 2). Independentemente da protecção a que haja lugar pelo direito de autor, as bases de dados

⁷² ICANN, Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

⁷³ Cfr. os nossos *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas*, in ROA 1999, p. 970 ss, e *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, Working Paper 2 /01, p. 20 ss: www.fd.unl.pt.

⁷⁴ Veja-se, entre nós, o Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, e o Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, que transpõe 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 directiva bases de dados poderá ver-se, para além da nossa dissertação, *inter alia*, Cornish (et al.), *Protection of and vis-à-vis databases*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, 1997, p. 435; Goebel, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, 1995, p. 106-117; Vivant, D. 1995, p. 197; Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 249; Mallet- Poujol, D. 1997, p. 330, DIT 1/1996, p. 6; Weber, UFITA 1996, p. 5; Berger, GRUR 1997, p. 169; Flechsig, ZUM 1997, p. 577; Vogel, ZUM 1997, p. 592; Guglielmetti, CI 1997, p. 177; Tissot; Glavarría Iglesia/Torre Forcadelli, RDM 1998, p. 1830

assim definidas serão objecto de um direito chamado *sui generis* de proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do seu conteúdo. Este direito é atribuído ao fabricante das bases de dados quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo; sendo que esse investimento poderá consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforço e de energia⁷⁵.

A análise do conteúdo do direito *sui generis* leva-nos, porém, a concluir que os seus contornos poderão implicar uma séria restrição ao livre fluxo de informação. No preâmbulo da directiva bases de dados diz-se claramente que este direito não cria um novo direito sobre os dados da base, e que não deverá ser exercido em termos de facilitar abusos de posição dominante, nomeadamente no que respeita à criação e difusão de novos produtos e serviços que constituam um valor acrescentado de ordem intelectual, documental, técnica, económica ou comercial (cons. 47). Nesse sentido aponta a Jurisprudência Europeia firmada no caso *Magill*, recentemente retomada na decisão *Ladbroke*.⁷⁶ Não obstante, estará sujeita a autorização do titular do direito a mera visualização do conteúdo da base de dados em ecrã sempre que tal exija a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial desse conteúdo para outro suporte. Além disso, dentro do direito *sui generis* configura-se um direito específico de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizadas em relação a actos do utilizador que ultrapassam os direitos legítimos deste e prejudiquem assim o investimento, não se destinando apenas a proteger contra o fabrico de um produto parasita concorrente (cons. 44 e 42), pois que o próprio utilizador final fica sujeito a controlo⁷⁷.

Temos, portanto, um direito de propriedade intelectual sobre conteúdos informativos, que abrange inclusivamente o poder exclusivo de visualização e a faculdade de impedir o acesso mesmo a partes não substanciais. Com base neste direito, que pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais, os respectivos titulares — as indústrias que operam no mercado europeu da informação — controlam o acesso e a utilização destas bases, podendo fazê-lo numa base contratual e mediante remuneração junto dos utilizadores finais.⁷⁸

⁷⁵ Cfr. Directiva sobre bases de dados, art. 7.º, cons. 40, 2.ª parte.

⁷⁶ Cfr. Vinje, DIT 2/1993, p. 16, Bonet, RTDE 1998, p. 591.

⁷⁷ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria vide o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 53, com mais referências.

⁷⁸ As bases de dados de informação do sector público estão sujeitas a exigências específicas, como resulta das medidas recentemente adoptadas (vide, especialmente: Decreto-Lei n.º 135/99 de 22 de Abril, que define os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, bem como reúne de uma forma sistematizada as normas vigentes no contexto da modernização administrativa; Regime de acesso aos documentos da administração do sector público, aprovado pela Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pelas Leis n.º 8/95, de 29 de Março, e 94/99 de 16 de

Neste domínio assume especial relevo a utilização das chamadas tecnologias robustas, como a cifragem e a estenografia⁷⁹. Estas aplicações da tecnologia criptográfica fornecem dispositivos técnicos de protecção e identificação dos dados das bases. No domínio da protecção dos direitos de autor e outras formas de propriedade intelectual estes sistemas permitem controlar o acesso e/ou a utilização das obras pelos utilizadores e melhorar a gestão dos direitos, tratando a informação a eles respeitante em condições de segurança.

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

Assim, estes dispositivos técnicos apresentam interesse inegável para os titulares de direitos. Com efeito, reforçam a exclusividade jurídica através da exclusividade técnica, contribuindo para a eficácia do direito exclusivo. Patrimonialmente, as restrições ao acesso ou à utilização permitem o pagamento por sessão, uma vez que possibilitam o controlo individual da utilização das obras. Em vista das vantagens destas tecnologias

Julho; Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de Agosto, que determina a disponibilização na Internet de informação detida pela Administração; Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de Agosto, que cria a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais e aprova o respectivo documento orientador; Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, de 26 de Agosto, que estabelece regras relativas à acessibilidade pelos cidadãos com necessidades especiais aos conteúdos de organismos públicos na Internet; Iniciativa Internet - Portugal Digital, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000; Resolução do Conselho de Ministros n.º 156/2000, que cria, no âmbito do INFOCID - Sistema Interdepartamental de Informação ao Cidadão, o Serviço Público Directo. No plano comunitário, veja-se o Livro Verde da Comissão sobre *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação* COM(98) 585 final, 20.1.1999, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Nos EUA, vide a *Electronic Freedom of Information Act*, 1996. Sobre esta matéria poderá ver-se o nosso *Bases de Dados de Órgãos Públicos: O Problema do Acesso e Exploração da Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, FDUL/APDI. Sobre o intercâmbio electrónico de dados entre administrações, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 que adopta uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

⁷⁹ Veja-se o Livro Verde da Comissão, *O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(95), 382, e o respectivo *Seguimento*, COM(96) 568 final. Nos EUA, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Bruce Lehman, Ronald Brown, September 1995. Para além dos documentos referidos, veja-se, também, *inter alia*: na Austrália, *Highways to change: Copyright in the new Communications Environment, Report of the Copyright Convergence Group*, August 1994; em França, o *Rapport Sirinelli — Industries culturelles et nouvelles technologies*, septembre 1994; no Canadá, *Copyright and the Information Highway, Final Report of the Copyright Sub-Committee*, Ottawa, March 1995; no Japão, *Predicted Problems and Possible Solutions for Administering Intellectual Property Rights in a Multimedia Society*, IIP, Tokyo, Juin 1995.

seguras para a protecção dos direitos de propriedade intelectual, a tecnologia de cifragem está cada vez mais integrada em sistemas e aplicações comerciais, como sejam a *pay tv* (em que é devida uma taxa de assinatura para a decifragem), os discos digitais versáteis (DVD), que utilizam técnicas de cifragem para evitar a pirataria.

Todavia, apesar dos níveis de segurança que oferecem, estes sistemas de protecção e identificação técnica podem ser violados mediante dispositivos que dissimulam, suprimem ou de um modo geral contornam essas barreiras técnicas. Em vista disto, foram adoptadas medidas destinadas a proteger os titulares de direitos e os prestadores de serviços de acesso condicional.

Relativamente aos primeiros, trata-se dos Tratados da OMPI que consagram preceitos destinados à protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação, incumbindo as Partes Contratantes de preverem uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização das medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos de autor e de direitos conexos no quadro do exercício dos seus direitos⁸⁰.

A importância fulcral destes novos Tratados OMPI tem sido apontada, não apenas no âmbito do direito de autor e dos direitos conexos, mas também noutros domínios, como sejam o comércio electrónico e o processo de convergência das tecnologias da informação e da comunicação.⁸¹

A reconhecida importância dos novos Tratados OMPI impulsionou a Comissão a apresentar, em finais de 1997, uma nova iniciativa legislativa em matéria de direito de autor e direitos conexos: a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação⁸². Com efeito, baseando-se nos novos Tratados OMPI, a Proposta “adapta e complementa” o quadro jurídico existente “aos novos desafios da digitalização e do multimédia”, em ordem a permitir o bom funcionamento do mercado interno e proteger e estimular a criatividade, a inovação e o investimento na Comunidade,

⁸⁰ Tratados da OMPI sobre Direito de Autor (art. 11.º e 12.º) e sobre Prestações e Fonogramas (art. 18.º e 19.º). No direito comparado estes Tratados foram já implementados no Brasil (Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998) e nos EUA (*Digital Millennium Copyright Act 1998*), onde o círculo de proibição foi alargado a actividades de comercialização de dispositivos cuja finalidade essencial seja o contornamento proibido das medidas de carácter tecnológico.

⁸¹ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM(97) 157 final, 16.04.1997, pp. 20, 25; *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno — consulta sobre a necessidade de uma acção comunitária*, Livro Verde, COM(96), 76 final, 06.03.1996, p. 23; *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, 03.12.1997, pp. 21, 27.

⁸² COM(97) 628 final, 10.12.1997, p. 2-3; versão alterada, COM(99) 250 final. Esta acção consagrou o “método de abordagem adoptado”, designadamente em termos de “prioridades e meios de acção escolhidos”, na Comunicação *Seguimento do Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(96) 568 final, 20.11.1996.

relativamente a “novos produtos e serviços que incluem propriedade industrial”, intervindo em quatro áreas prioritárias: o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção e o direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento.⁸³ Esta medida de harmonização é destinada a implementar os Tratados OMPI⁸⁴, mas que porém vai mais longe, estendendo essa protecção juridico-tecnológica ao direito *sui generis* dos produtores de bases de dados, para além de tratar apenas no preâmbulo uma série de questões várias como sejam, nomeadamente, o desenvolvimento da criptografia, a privacidade dos utilizadores e os testes de segurança de sistemas⁸⁵. Para além destas medidas de protecção dos direitos de propriedade intelectual, a nível europeu sentiu-se necessidade de conceder protecção aos serviços de acesso condicional, mediante a adopção de uma Directiva⁸⁶.

Assim, este quadro regulamentar tem por horizonte a segurança técnica permitida pelas chamadas tecnologias seguras. Trata-se das assinaturas digitais e dos envelopes criptográficos. As assinaturas digitais (e os serviços de certificação) desempenham uma

⁸³ Outros assuntos tratados no Livro Verde de 1995, como sejam o direito aplicável, o direito de radiodifusão digital, o direito moral e a gestão de direitos, não foram incluídos no âmbito da Proposta, por exigirem, nos termos do Seguimento, “uma maior reflexão e/ou novas iniciativas antes de ser possível tomar decisões”. Questões estas que, de um modo geral, não são, também, objecto de resposta nos Tratados OMPI.

⁸⁴ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

⁸⁵ Para uma crítica a esta orientação vide P. Samuelson, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, IIP, 1998, e o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, C. Heath/A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001, p. 65 ss.

⁸⁶ 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. A exposição do mercado destes serviços ao risco da pirataria justificou a sua protecção jurídica, em vista do desenvolvimento igualmente célere da “pirataria”: um sector paralelo e rentável em que são fabricados e comercializados dispositivos que permitem o acesso não autorizado a esses serviços, estando actualmente a ser utilizados para a comercialização desses dispositivos publicações especializadas e uma série de locais na Internet, e assistindo-se também ao desenvolvimento de um mercado de serviços pós venda para assegurar a manutenção dos referidos dispositivos. Os serviços de acesso condicional têm como característica comum o facto de o acesso ao serviço à distância (radiodifusão ou serviços interactivos) ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço, designadamente os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o áudio a pedido, a edição electrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização. Todos estes serviços são prestados ao público no sentido de que um determinado conteúdo é colocado à disposição de todos os membros do público que estejam dispostos a pagar o “título de acesso” ao serviço. A Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços de acesso condicional destina-se a acautelar interesses de diversos intervenientes no processo em razão do acesso não autorizado ao serviço: 1.º os fornecedores do serviço, contra a perda de receitas provenientes de assinaturas que lhe seriam devidas; 2.º o fornecedor do acesso condicional, contra os prejuízos decorrentes de substituições de mecanismos de acesso condicional; 3.º o fornecedor do conteúdo, contra os prejuízos financeiros indirectos decorrentes, uma vez que o montante pago aos titulares dos direitos de autor tem geralmente em conta os potenciais índices de audiência, e a recepção priva-os do rendimento que teriam normalmente auferido com base nas assinaturas que deveriam ser pagas; 4.º o consumidor, uma vez que os prejuízos sofridos pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude ao nível do consumo em razão da origem enganosa do dispositivo pirata, pois que se o fornecedor modificar o sistema de acesso condicional o dispositivo adquirido deixará de ter qualquer utilidade para o consumidor (cfr. *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno*, Livro Verde da Comunicação, COM(96) 76 final).

função de integridade e autenticidade dos dados. Os envelopes criptográficos permitem a confidencialidade através da cifragem dos dados transmitidos electronicamente. Esta segurança técnica é um requisito fundamental à promoção do comércio electrónico, nele se destacando a exploração de conteúdos protegidos pelos direitos de autor. Na verdade, o acesso e a utilização de uma obra tornada acessível na rede fica dependente de uma palavra passe, cuja concessão dependerá de pagamento prévio através de moeda electrónica. Nesse sentido assiste-se à formação de um mercado de serviços de acesso condicional. Além disso, as tecnologias seguras permitem a integridade da informação para gestão dos direitos, que aparece “colada” aos conteúdos através de cabeçalhos contratuais que informam os utilizadores sobre a titularidade dos direitos e sobre os termos da sua utilização. De igual modo, estes “clipes” digitais controlam a integridade dos dados, informando sobre utilizações que tenham alterado o seu conteúdo original.

Nesse sentido, está em desenvolvimento um “código” de direitos de propriedade digital para regular os termos e condições de utilização autorizada de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm a informação.⁸⁷ De acordo com a linguagem tecnológica da propriedade digital, se alguém tentar utilizar um objecto equipado com um sistema seguro sem para o efeito ter obtido autorização ou pago a respectiva remuneração, tal sistema não executará o comando. O utilizador é compelido a obedecer a este “código técnico” em virtude de “não existir alternativa”⁸⁸, antecipando-se a substituição dos órgãos democráticos pelos engenheiros informáticos na definição das regras deste admirável mundo tecnológico⁸⁹.

Mas, da segurança técnica à confiança jurídica há um longo caminho a percorrer. Com efeito, a utilização dos sistemas técnicos de protecção e identificação permite a segurança indispensável ao desenvolvimento do comércio electrónico no ambiente digital. Contudo, para assegurar a eficácia destes meios de protecção técnica é necessária uma tutela jurídica dessas medidas de carácter tecnológico. Sem isso a edição electrónica e o mercado em linha não estarão protegidos contra a pirataria praticada através de descodificadores ilícitos e outros dispositivos de acesso não autorizados. Mas, ao mesmo tempo, é necessária a definição de regras jurídicas, de modo a promover imperativos de interesse geral, cuja subsistência seria comprometida pelas possibilidades da técnica, como sejam a interoperabilidade de sistemas, o acesso à informação, o desenvolvimento de sistemas, a

⁸⁷ Vide M. Stefik, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 137 ss.

⁸⁸ L. Lessig, *The Zones of Cyberspace*, Stanford LR 1997, p. 1408. Veja-se, também, L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

⁸⁹ Cfr. B. Hugenholtz, *Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain?* in *Copyright: a right to control access to works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 84 (fazendo votos, porém, que tais obras nunca se tornem *best-sellers*).

protecção da privacidade, a promoção do ensino e da investigação e o livre fluxo de informação⁹⁰.

Conclusão

O tema da jurisdição na internet é muito amplo e complexo. Versámos apenas sobre alguns aspectos de direito privado, excluindo portanto o domínio do direito público, em especial o direito penal e o direito administrativo e fiscal. Depois, os aspectos de direito privado aqui abordados dizem respeito apenas a certas questões da responsabilidade contratual e aquiliana e ao estatuto dos direitos de propriedade intelectual, com exclusão, nomeadamente, das matérias relativas ao direito da família e das sucessões. Em termos gerais, o tema da jurisdição na internet analisa-se em três problemas fundamentais: a determinação do tribunal competente (1); a determinação da lei aplicável ao litígio (2); e o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras (3). A nossa análise centra-se no primeiro dos referidos problemas.

Por outro lado, o problema da jurisdição na internet presta-se a reflexões de âmbito mais geral. A primeira ideia que acode ao espírito é a de que na internet não há centro e, como tal, o poder está disseminado um pouco por todo o lado. A projecção mais imediata no domínio jurídico da inexistência de um centro de gravidade no ciberespaço seria a ausência de um poder normalizador capaz de impor as suas regras através dos seus órgãos judiciais. À semelhança do big-bang de outrora, a internet formar-se-ia caoticamente. As primeiras comunidades digitais em rede aberta fazem recordar o mito do comunismo primitivo dos manuais de economia política. A internet surgiria aos olhos do público como um espaço de liberdade, no qual os instrumentos jurídicos tradicionais, como a propriedade, a privacidade e os contratos, não teriam razão de ser. Ou seja, o crescimento exponencial da internet ficou a dever-se em larga medida ao facto de ser vista como uma teia comunicativa livre de direito. A internet proporcionaria uma espécie de regresso ao "paraíso perdido" num estado de pura inocência, em que cada um se poderia ver livre de si mesmo. E é este o mito com que os juristas são chamados a debater-se.

A internet tem a sua origem num projecto militar de defesa destinado a assegurar que a informação pudesse circular entre dois pontos de comunicação. Contudo, posteriormente a internet questionaria a soberania do Estado dos tempos modernos. Na internet não existem fronteiras territoriais, dentro das quais o Estado exerce poderes de império sobre os seus nacionais. Território, nacionalidade, eis duas noções que são estranhas ao vocabulário do internauta. Qual será o papel do Estado num mundo sem fronteiras

⁹⁰ Vide o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 54.

geográficas? Que eficácia terão as suas leis? Não restará aos seus tribunais reconhecerem a sua incompetência para lidar com os litígios da internet?

Sem pretender evitar estas reflexões, o nosso trabalho constata, mesmo numa abordagem de direito positivo, a complexidade e amplitude do problema da jurisdição no ciberespaço. Desde logo pela natureza “multi-jurisdicional” da Internet. Um pouco por toda a parte surgem decisões de tribunais a reivindicarem competência para decidir controvérsias da Internet (veja-se, por ex., em França o caso Yahoo!, em Itália, etc.). Além disso, a nível comunitário foi recentemente aprovado o Regulamento n.º 44/2001 do Conselho, que prevê *inter alia* a possibilidade de os consumidores demandarem nos tribunais do seu domicílio os prestadores de serviços da sociedade da informação que estejam estabelecidos no território de um Estado-Membro. A Directiva sobre o comércio electrónico (2000/31/CE) não abrange a jurisdição dos tribunais, embora forneça diversos elementos com relevo nessa matéria. A nível internacional, é de referir a proposta de Convenção de Haia, cuja adequação ao comércio electrónico tem sido discutida por um grupo de especialistas.

De todo o modo, paralelamente aos meios judiciais tradicionais assiste-se à criação de uma teia jurídica que promove a utilização da tecnologia como medidas efectivas de protecção e de gestão de direitos - em especial no domínio dos direitos de autor (*vide*, mais recentemente, a Directiva Sociedade da Informação (2001/29/CE) -, bem como o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), em especial os códigos de conduta e a arbitragem através de procedimentos de resolução em linha de conflitos (*vide* Directiva sobre o comércio electrónico, art. 16.º e 17.º), sendo de destacar os procedimentos de *notice and take down* instituídos pela DMCA e o sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO Internet Domain Name Process.

Abstract: Jurisdiction in Internet according to EU Regulation 44/2001 (and the extrajudicial and technological alternatives). What will be the role of Law in the configuration of normative patterns of the Internet? Are jurists competent to deal with e-businesses or are they condemned to extinction in this new environment? Does the traditional legal normative arsenal fit the new requirements of the digital economy and the information society? Do States have sovereignty over cyberspace or is it a “territory” free and independent of State Law as the revolutionary “technologies” have argued? This paper, which evolved from a communication presented to the International Conference on Cyber Law organized by the Luso-American Foundation in June 2001, addresses these issues, beginning with the idea that the “revolutionary prophecy” is far from true, and that in this apparent vacuum of State Law a new entity clearly stands affirming its sovereignty over many zones of cyberspace: the European Union. In particular, this essay analyses how the new EU Regulation on jurisdiction on civil and commercial matters (44/2001) provides criteria to the determination of the competent national courts in situations of contractual and extra-contractual

liability, and provides exclusive competencies for certain situations. The problem of jurisdiction is informed by a requirement of equilibrium among the parties in order to guarantee access to justice. In this sense, the principle of fairness of the court is provided by the existence of a reasonable connection between the forum and the case.

Provisions of the Regulation concerning extra-contractual liability (*forum delicti commissi*) need special concretization by the courts in order to prevent not only "legal e-heavens" but also the dilution of the territoriality principle that inform many rights affected by e-communications, in special intellectual property rights. Having in consideration the "doing business" US case-law, as well as the Fiona Shevill precedent of the EU Court of Justice and the German Bogsch Theory, it is argued that the court of the country of accessibility of the message shall deny competence if there is no substantial interactivity with that country and the law of the country of origin assures adequate protection at least according to legal standards set up by international instruments.

Then, concerning the provisions on contractual liability provided by the Regulation, several questions are also raised. To begin with, it is difficult to determine the place of accomplishment in situations of direct e-commerce, in particular due to the open discussion concerning the distinction between provision of services and delivery of digital goods. Moreover, the principle of freedom of contract is limited in order to protect the weakest party (i.e. the consumer). However, literally it seems that the EU Regulation will turn out such protection of the weakest party in a mere "legal risk", having in mind the possibilities afforded to the parties. Furthermore, the principle of good administration of justice sets up specific rules of competence concerning rights that are granted upon registration or deposit, such as patent and trademark rights. An open issue is the status of domain names rights; it is argued however that they shall be treated as rights that are granted upon public registration.

Another dimension of jurisdiction in Internet addressed in this work is the mechanisms of alternative dispute resolution (ADR) and the so-called "technical jurisdiction". The e-commerce directive promotes ADR, including by electronic means (e-arbitrage). However, it is not clear how the rights of parties and other issues shall be addressed. On the other hand, ADR seems also to mean "Administrative" Dispute Resolution, since a clear tendency is being affirmed in order to set up dispute resolution by administrative bodies instead of by the courts. Finally, "technical jurisdiction" is applied to protect copyright and related rights, as well as conditional access services, in terms that technology is called to prevent what technology makes possible (i.e. electronic reproductions of copyrighted works), and law is called to reinforce such technical protection. However, this "technical jurisdiction" place a number of public policy concerns, namely the promotion of interoperable computer systems and free access to public information.