

A LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO NA INTERNET: «BROWSERS», «HYPERLINKS», «META-TAGS»*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário:

Introdução. I. Os instrumentos de busca como possíveis objectos de direitos exclusivos. 1. Os motores de pesquisa são programas de computador. 2. A reduzida protecção dos programas de computador pelos direitos de autor segundo o direito nacional e comunitário. 3. A dicotomia forma de expressão/conteúdo ideativo-funcional; breve referência à jurisprudência norte-americana. 4. A licitude da descompilação para fins de interoperabilidade nas comunicações electrónicas; referência à DMCA. 5. O direito sui generis sobre os processos. 6. O recurso ao direito de patente. 7. A experiência do direito estadunidense. 8. O problema da não patenteabilidade dos programas de computador enquanto tais no quadro da Convenção de Munique e do Código da Propriedade Industrial. 9. O imperativo da interoperabilidade e os direitos de patente sobre programas de computador. 10. O problema da protecção como bases de dados dos resultados produzidos pelos motores de busca.

II. Os instrumentos de busca de informação como possíveis meios de violação de direitos exclusivos. 1. Os motores de pesquisa e o direito de reprodução nos direitos de autor. 2. O silêncio eloquente dos Tratados da OMPI em face do potencial paralisante de um direito de reprodução amplamente definido – o reconhecimento da necessidade de novas excepções. 3. A Directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação e os actos de reprodução temporária. 4. A insuficiência regulamentar do Código do Direito de Autor. 5. Os motores de pesquisa e a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico. 6. A excepção relativa aos utensílios de localização de informação na DMCA. 7. A situação pendente na Directiva sobre o comércio electrónico. 8. As hiperligações (simples, profundas e incorporantes) e a liberdade dos actos de navegação na Directiva sobre direito de autor. 9. O tratamento de dados pessoais pelos instrumentos de busca na internet. 10. Os «cookies». 11. Referência à lei de protecção de dados pessoais e sua adequação às exigências do ambiente em rede. 12. Novas práticas interactivas de marketing e o papel da concorrência desleal.

III. Problemas específicos dos metadados ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal. 1. Noção funcional de metadados. 2. A utilização de metadados como violação do direito de marca na jurisprudência do direito comparado. 3. A utilização legítima de marcas como metadados (o princípio de fair use no direito das marcas). 4. A venda de marcas como metadados. 5. O “uso autorizado aceitável”. 6. O conteúdo do direito de marca no Código da Propriedade Industrial e suas excepções. 7. O problema da concorrência desleal no comércio electrónico.

Conclusão. *Abstract*.

* *Estudos de Direito da Comunicação*, AA.VV., Dir. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 227-260 («» *Instrumentos de pesquisa, direitos exclusivos e concorrência desleal*, in *Direito da Sociedade da Informação*, APDI/FDUL, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 221-241, *Meta-tags, marca e concorrência desleal*, *Direito Industrial*, FDUL/APDI, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2003, 241-253).

Introdução

A palavra internet é um neologismo proveniente, como tantos outros, do inglês. Poderíamos traduzi-la em português por “rede interactiva”. A interactividade é uma dimensão essencial da internet, que se deve, em boa medida, aos instrumentos de busca e aos metadados.

Abordaremos os instrumentos de busca na internet em duas dimensões: ora como possíveis objectos de direitos exclusivos, ora como possíveis meios de violação de direitos e de práticas de concorrência desleal.

Seguidamente, trataremos os problemas específicos que os metadados suscitam ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal. Com efeito, na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que noutros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. Um outro problema que se tem colocado neste domínio resulta da venda de marcas como metadados. Em ambas as situações, é problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora se antecipe um papel importante para o instituto da concorrência desleal relativamente a estas práticas do comércio electrónico – *vide infra*.

I. Os instrumentos de busca como possíveis objectos de direitos exclusivos

O que são os instrumentos de busca na internet? No essencial, trata-se de programas de computador. A função destes programas consiste em pesquisar e catalogar páginas da internet cujo código fonte contenha metadados¹ correspondentes às palavras-chave da ordem dada pelo utilizador ao motor de pesquisa². Em sentido amplo, a definição de instrumentos de busca (ou de pesquisa) abrange os motores de pesquisa, as hiper-ligações

¹ Os metadados são “etiquetas electrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede («*meta-tags*»).

² Vide o nosso *Internet, Direito de Autor e Acesso Reservado, in As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra 1999, p. 271.

e, ainda, os metadados; porém, em sentido estrito, a expressão abrange apenas os motores de pesquisa (*finders, browsers, crawlers*).

Os motores de pesquisa são programas de computador. Enquanto tais, poderão ser objecto de direitos de autor.³ Porém, é reduzida a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor segundo o direito nacional e comunitário. Desde logo, a dicotomia forma de expressão/conteúdo ideativo-funcional exclui do âmbito de protecção destes direitos o núcleo funcional dos programas, nomeadamente os métodos e processos funcionais, isto é, os algoritmos utilizados na escrita dos programas – como, aliás, é jurisprudência constante nos EUA. De igual modo, a licitude da descompilação para fins de interoperabilidade nas comunicações electrónicas traduz-se numa limitação da protecção do direito *sui generis* sobre os processos enxertado num regime de direitos de autor.⁴

Em vista disto, é crescente o recurso ao direito de patente para proteger os processos funcionais utilizados na escrita dos programas⁵. Neste sentido aponta a importante experiência do direito estadunidense – que parece informar a abertura do objecto de protecção do direito de patente previsto no ADPIC -, embora na Europa se coloque ainda o problema da não patenteabilidade dos programas de computador enquanto tais no quadro da Convenção de Munique e, entre nós, do Código da Propriedade Industrial. Em nossa opinião, dever-se-ia respeitar o imperativo da interoperabilidade mesmo no caso de virem a ser concedidos direitos de patente aos programas de computador ou, pelo menos, aos algoritmos utilizados na sua escrita.⁶ Sendo que deveremos entender a interoperabilidade em sentido amplo, quer em termos de protocolos aplicativos e formatos de dados, quer em termos de portabilidade e de mobilidade⁷.

Por outro lado, coloca-se a questão da protecção dos resultados produzidos pelos instrumentos de busca, isto é, os índices resultantes da recolha, que o motor de pesquisa apresenta ao utilizador. Embora pareçam ser assimiláveis a bases de dados, enquanto

³ Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que transpõe a Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

⁴ Nos EUA, o imperativo da interoperabilidade justificou a licitude da neutralização do sistema técnico que impeça a descompilação do programa (cfr. sec. 1201(f) da *Digital Millennium Copyright Act*, 1998). A nível europeu, a questão é apenas considerada no preâmbulo da 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 (*vide* cons. 50 e art. 6.º).

⁵ Sobre a patenteabilidade dos programas de computador, *vide* o nosso *Patentes de Software, in Direito Industrial*, Vol. 1, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385 *et seq.*, com mais indicações.

⁶ Para mais desenvolvimentos, *vide* a nossa obra *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, STVDIA IVRIDICA 55, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, esp. §§ 41 e 52.

⁷ Cf. o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 18 (pesquisar nota de actualização em www.almedina.net).

objecto de direitos de propriedade intelectual⁸, a sua protecção pelo direito de autor será de excluir, na medida em que não resultem de um esforço humano de criação intelectual.

Todavia, em abstracto, não nos parece ser de excluir a hipótese de se verificarem os requisitos de protecção pelo direito especial do fabricante de bases de dados⁹. Ou seja, pela positiva, admitimos que o conteúdo de uma base de dados composta por resultados de buscas obtidos através de motores de pesquisa implique a realização de um investimento substancial, de um ponto de vista quantitativo e qualitativo, susceptível portanto de ser objecto de protecção pelo direito *sui generis* do produtor de bases de dados¹⁰. Com efeito, os “elementos necessários ao funcionamento ou à consulta de certas bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação” (cons. 20) não são excluídos do âmbito de aplicação da directiva bases de dados.

De todo o modo, note-se que, na definição de base de dados constante da proposta de directiva era expressamente incluído o material electrónico necessário à exploração da base de dados, como o *thesaurus*, os índices, o sistema de acesso à informação e sua apresentação (art. 1.º-1). Esta noção ampla de base de dados, se bem que não acolhida na versão final, tinha a vantagem de esclarecer que tais elementos só seriam protegidos se estivessem ligados a uma base de dados susceptível de protecção. E assim era, uma vez que se considerava que “a protecção de uma base de dados deverá abranger os materiais electrónicos sem os quais a selecção e a disposição do conteúdo efectuadas pelo criador da base de dados não pode ser utilizada, como por exemplo o sistema desenvolvido para facultar e apresentar a informação ao utilizador em suporte electrónico ou não electrónico, bem como o sistema de indexação e de *thesaurus* utilizados na criação ou exploração da base de dados” (19). Ora, os termos em que foi consagrada na versão final a extensão do âmbito de protecção aos elementos necessários ao funcionamento ou consulta das bases de dados devem ser interpretados, não no sentido de serem estes elementos protegidos de *per se*, mas antes e apenas enquanto elementos de bases de dados susceptíveis de protecção, isto é, de recolhas ou compilações que preencham os requisitos da noção de base de dados.

Por outras palavras, para que beneficiem de protecção é necessário que sejam elementos de uma base de dados capaz de tutela. Dever-se-á, assim, entender, que o legislador optou pelo rigor da definição de bases de dados, a elas equiparando, para efeitos

⁸ Cfr. art., 1.º, 2, e cons. 20-1 da Directiva 96/9/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados, transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho.

⁹ Em sentido contrário, vide J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 207-8.

¹⁰ Para uma análise pormenorizada do direito *sui generis*, quanto ao seu objecto, titularidade e conteúdo, vide o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 53 (informação e direito do produtor de bases de dados).

de protecção, os elementos necessários ao seu funcionamento e consulta, *maxime* o *thesaurus* e os sistemas de indexação.

II. Os instrumentos de busca de informação como possíveis meios de violação de direitos exclusivos

Os motores de pesquisa, enquanto possíveis meios de violação de direitos exclusivos, levantam, desde logo, problemas ao nível do direito de reprodução nos direitos de autor. Com efeito, para receber e enviar informação numa rede ampla como a Internet é exigida uma conexão, uma ligação de acesso. Embora existam várias possibilidades de ligação à Internet, na maior parte dos casos esta ligação de acesso processa-se através de um prestador de serviços em linha¹¹. Assim, através de um dispositivo chamado modem, a ligação ao PSL faz-se pelo computador e uma linha telefónica. Por seu turno, o PSL liga os seus utilizadores à Internet. Uma vez feito isto, o utilizador, através do seu computador, pode aceder a informação armazenada noutros computadores ligados à Internet, pressupondo que estes computadores estão preparados para tornar a sua informação disponível. Se o utilizador quiser ver informação de outro computador, navegando na rede – ou saltando páginas (*browsing*) -, o seu computador fará automaticamente uma cópia da informação requerida na memória de acesso (RAM). Se esta informação não for gravada pelo utilizador, desaparece normalmente depois de algum tempo ou quando o computador do utilizador é desligado. Apesar de a Internet dar a impressão de que o utilizador está constantemente ligado ao computador onde a informação está a ser obtida, na realidade o utilizador está apenas ligado a esse computador o tempo suficiente para o chamado carregamento descendente da informação pedida. De outro modo, o utilizador monopolizaria o outro computador, barrando o acesso a outros utilizadores que quisessem aceder à informação oferecida por esse computador. Na verdade, o método de funcionamento da Internet consiste em partilhar uma fonte através dos canais da rede, de maneira a que todos possam beneficiar da e aceder à informação disponível. Isto faz-se através de uma forma de troca de dados sujeitos a compressão digital, permitindo a vários utilizadores aceder à mesma informação, de uma maneira que, apesar de parecer simultânea, na realidade não é. A vantagem da Internet é que permite o acesso rápido a informação disponível em computadores por todo o mundo. Se não fosse possível fazer

¹¹ Por ex., entre nós, "Telepac", ou, nos EUA, os conhecidos "America Online" ou "CompuServe".

esta reprodução temporária, o acesso à informação seria mais lento, senão mesmo impossível.¹²

Ora, em face destas realidades tecnológicas, é de registar o silêncio eloquente dos Tratados da OMPI sobre direito de autor e certos direitos conexos (Genebra, Dezembro de 1996) em face do potencial paralisante de um direito de reprodução amplamente definido, embora se reconheça a necessidade de novas excepções. Na realidade, os Tratados da OMPI não resolveram esta questão. Nas declarações acordadas relativamente ao art. 1.º, 4, pode ler-se que “o direito de reprodução, tal como estabelecido no artigo 9.º da Convenção de Berna, bem como as excepções previstas nessa disposição, são plenamente aplicáveis ao ambiente digital, em especial no que se refere à utilização de obras sob forma digital. Considera-se que a armazenagem de uma obra protegida sob forma digital num suporte electrónico constitui um acto de reprodução na acepção do artigo 9.º da Convenção de Berna.” Mais se acrescenta, nas declarações acordadas relativamente ao art. 10.º, que as suas disposições “autorizam as partes contratantes a aplicar e a tornar extensivas ao ambiente digital as limitações e excepções previstas nas respectivas legislações nacionais que tenham sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. *Essas disposições autorizam igualmente as partes contratantes a conceber novas excepções e limitações que se adequem ao ambiente das redes digitais.* O n.º 2 do artigo 10.º não restringe nem alarga o âmbito de aplicação das limitações e excepções autorizadas pela Convenção de Berna”.

Tendo em conta os Tratados da OMPI, a Directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação¹³ vem harmonizar comunitariamente o tronco patrimonial dos direitos de autor (reprodução, comunicação ao público, distribuição). O art. 2.º define o direito de reprodução em termos amplos, abrangendo as “reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”. Porém, no art. 5.º, sob epígrafe excepções e exclusões, prevê a exclusão, no n.º 1, dos “actos de reprodução temporária”, isto é, dos actos de reprodução que: sejam transitórios ou episódicos (1), constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2), cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima (3.1.), ou de uma obra ou de outro material a realizar (3.2), e que não tenham, em si, significado económico (4). Esclarece ainda o preâmbulo que, em tais condições, “esta excepção abrange igualmente os

¹² Cfr. Stephen Fraser, *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 1997, p. 759

¹³ 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.

actos que possibilitam a navegação («*browsing*») e os actos de armazenagem temporária («*caching*»), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado na indústria, para obter dados sobre a utilização da informação” (cons. 33).

A razão de ser desta exclusão constava já da exposição de motivos da proposta inicial de directiva, onde se pode ler que esta exclusão se aplica “em especial ao ambiente em linha, mas também aos actos de reprodução que ocorrem no contexto da utilização de material protegido em formatos fora de linha. Nestes casos, justifica-se limitar o âmbito do direito de reprodução e proteger apenas os actos de reprodução que apresentam uma relevância económica distinta. A previsão de uma excepção obrigatória a nível comunitário é fundamental uma vez que tais reproduções auxiliares efémeras para a utilização final de uma obra ocorrerão na maior parte dos actos de exploração de material protegido, que assumirão frequentemente um carácter transnacional. Por exemplo, ao transmitir um ‘vídeo a pedido’ de uma base de dados na Alemanha para um computador pessoal em Portugal, esta descarga implicará uma cópia do vídeo, em primeiro lugar, no local da base de dados e, depois, em média, até pelo menos cerca de uma centena de actos efémeros de armazenagem durante a transmissão até Portugal. Uma situação divergente nos Estados-membros, em que uns exigem a autorização para tais actos auxiliares de armazenagem implicaria um risco significativo de entravar a livre circulação das obras e serviços, em especial dos serviços em linha que contenham material protegido.”¹⁴

Ora, entre nós, o Código do Direito de Autor denota insuficiência regulamentar sobre esta questão. Será necessária uma clarificação normativa, em especial por via da interpretação do Código segundo as directivas comunitárias, enquanto estas não forem transpostas, sob pena de eventual paralisação da internet em Portugal, em virtude de um direito de reprodução ainda não recortado em atenção às exigências específicas do ambiente digital em rede.¹⁵

Nesse processo de clarificação interpretativa do Código, dever-se-á ter em conta também o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da

¹⁴ 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 Informação, COM(97) 628 final, 10.12.1997, Exposição de Motivos, p. 32.

¹⁵ Vide o nosso *O Código do Direito de Autor e a Internet*, <http://www.verbojuridico.net>, I Jornadas Direito e Internet, AJAC, Coimbra, 2000.

informação no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico¹⁶, particularmente no que respeita aos motores de pesquisa. Esta directiva prevê o fornecimento de ferramentas de pesquisa como um exemplo da noção de serviços da sociedade da informação (cons. 18), a qual faz parte do acervo comunitário do direito da sociedade da informação. Na secção 4, seguindo uma abordagem horizontal, esta importante directiva trata da problemática da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços relativamente a certos tipos de actividades («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»)¹⁷. Porém, relativamente aos utensílios de localização de informação («*browsing*», «*crawling*», «*linking*»), a Directiva sobre comércio electrónico remeteu esta matéria para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Directiva¹⁸. Ou seja, a Directiva sobre comércio electrónico não prevê critérios para este tipo de situações, sendo de atender de todo o modo ao regime da referida directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação.

No direito comparado, os EUA definiram o regime da responsabilidade dos ISP. Com efeito, esta matéria foi regulada pela lei dos limites à responsabilidade por infracções aos direitos de autor na internet¹⁹. Esta lei cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de actividades («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), prevendo ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de localização de informação («*browsing*», «*crawling*», «*linking*»). Ora, como opera na DMCA a excepção relativa aos utensílios de localização de informação?

O limite relativo aos utensílios de localização de informação está regulado na secção 512(d). Este limite abrange ligações em hiper-texto («*hyperlinking*»), directórios em linha, motores de pesquisa («*browsers*») e outros semelhantes. É limitada a responsabilidade pelos actos de referência ou ligação de utilizações a um sítio que contém material infractor mediante utilização de tais utensílios de localização de informação, na medida em que sejam observadas as seguintes condições: 1.ª o prestador não deve ter o requisito do grau de conhecimento de que o material é infractor, sendo o padrão de conhecimento o mesmo que vale para o limite relativo a informação residente em sistemas ou redes; 2.ª se o

¹⁶ 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"). Sobre os trabalhos preparatórios desta directiva *vide* o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, cit., pp. 41-79.

¹⁷ *Vide* Luís M.T. Menezes Leitão, *A Responsabilidade Civil na Internet*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, pp. 171 e 182 e seq.

¹⁸ Cfr. Directiva sobre comércio electrónico, art. 21.º, 2.

¹⁹ *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, Tit. II da DMCA - *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998. Sobre a DMCA *vide*, com mais indicações, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, LXXV, Coimbra, 1999, pp. 475 *et seq.*

prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a actividade infractora, o prestador não deve receber um benefício financeiro directamente atribuível a essa actividade; 3.º mediante recepção de notificação de infracção reclamada, o prestador deve eliminar ou bloquear o acesso ao material. Trata-se, no essencial, das mesmas condições que valem para o limite relativo à informação residente («*hosting*»). Em especial, no que respeita ao padrão de conhecimento, o prestador de serviços apenas poderá beneficiar deste limite de responsabilidade se não tiver conhecimento real da infracção (1), não estiver ao corrente de factos ou circunstâncias a partir das quais a actividade de infracção seja aparente (2), ou, estando-o, responda prontamente no sentido de eliminar o material ou bloquear o acesso a ele (3).

Por outro lado, aplicam-se neste limite as prescrições que estabelecem salvaguardas contra a possibilidade de notificações erróneas ou fraudulentas, bem como as que protegem o prestador de serviços contra reclamações baseadas em ter eliminado o material. Com efeito, são previstos 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 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.

Ora, a nível europeu, em comparação com o regime estadunidense, a Directiva sobre o comércio electrónico não regula a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prestação de motores de pesquisa e outras ferramentas de localização de informação²⁰, limitando-se a incumbir a Comissão de elaborar um relatório sobre a aplicação da directiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, relatório esse que, ao examinar a necessidade de adaptação da directiva, deverá analisar, em particular, a necessidade de propostas relativas, nomeadamente, à responsabilidade dos prestadores de hiper-ligações e de instrumentos de localização, bem como aos procedimentos de «*notice and take down*» e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo (art. 21.º).

Não obstante, a directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação parece excluir o «*browsing*» do âmbito do direito de reprodução. Como vimos, o art. 5.º, 1, desta directiva delimita negativamente o direito exclusivo de reprodução em termos de ser sujeito a uma excepção para permitir certos actos de reprodução temporária, como os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). O preâmbulo esclarece expressamente que, “nestas condições, esta excepção abrange igualmente os actos que possibilitam a navegação («*browsing*») e os actos de armazenagem temporária (“*caching*”)” (cons. 33).²¹

Assim, parece que a Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação terá já adaptado a Directiva sobre comércio electrónico, pelo menos no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação pelo fornecimento de ferramentas de pesquisa em matéria de direitos de autor. De todo o

²⁰ Sobre os problemas resultantes desta opção do legislador comunitário *vide* o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath&Saunders (eds.), Actas do Simpósio IEEM - 2000, Kluwer, London, 2001, p. 90 *et seq.*, com mais indicações.

²¹ Para mais desenvolvimentos sobre a problemática das reproduções temporárias *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *cit.*, § 45, com mais indicações.

modo, poder-se-ia dizer que o problema da responsabilidade dos prestadores de hiper-ligações não terá sido ainda regulado a nível comunitário, pelo que não disporá o intérprete do nosso Código de um tal arrimo de clarificação interpretativa.

Ora, a nosso ver, a prestação de hiper-ligações não deveria ser considerada, enquanto tal, uma infracção aos direitos de autor. Deve-se às hiper-ligações, juntamente com os agentes electrónicos de pesquisa, boa parte do êxito dos novos média interactivos, em especial a Internet. A hiper-ligação apenas remete o utilizador para um sítio e o agente electrónico fornece-lhes os meios de o alcançar com um simples clique. As reproduções feitas pelo programa de navegação ou exploração da rede («*browsing*») serão livres, nos termos referidos.²²

Claro que certas hiperligações, como as que ligam para páginas internas do sítio (*ligações profundas* ou «*deep-linking*») ou as que incorporam o conteúdo desse sítio no sítio do prestador (*ligações incorporantes* ou «*in-linking*»), são efectivamente “perigosas”²³. Com efeito, tais hiperligações fazem com que o sítio hiperligado em profundidade ou incorporado possa perder receitas de publicidade, para além de serem susceptíveis de gerar confusão quanto à identidade do titular do sítio²⁴.

Em termos de direito de autor, poder-se-ia sustentar aqui, ao menos para as ligações incorporantes, a figura da conexão de obras²⁵, na medida em que efectivamente se desse uma incorporação do conteúdo do sítio de terceiro no sítio do prestador. Porém, essa incorporação é puramente virtual, para além de que depende da activação da hiper-ligação pelo utilizador. De resto, as reproduções feitas neste processo não são mais do que reproduções de navegação, pelo que, à semelhança do regime estadunidense, parece-nos que se justifica, em matéria de direitos de autor, um regime idêntico.

²² O famoso caso “Napster” seria um bom exemplo disto. Porém, receamos que certas decisões da jurisprudência estadunidense relativas a este caso sejam um dia citadas nos manuais de direito de autor como exemplos da utilização deste instituto para fins de censura – à semelhança de certos poemas de *Fleurs du mal* de Baudelaire. Não apenas porque impeçam a utilização de obras literárias, que os programas de computador juridicamente são, mas também e sobretudo porque invadem, em nome dos direitos de autor, a esfera privada dos cibernautas, tratando cada computador pessoal ligado à rede como um potencial servidor, fazendo lei da máxima “quem está em linha está em publico” e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital. Com isso, justifica-se a licitude de os detectives electrónicos da cyberpol se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas. A nosso ver, tal invasão da privacidade em nome dos direitos de autor seria manifestamente excessiva e desajustada. Os direitos de autor não deveriam franquear as portas da esfera pessoal, do “meio familiar”, pois não nos parece que os interesses dos seus titulares justifiquem tais opções de política legislativa, tendo em conta os valores que se encontram no outro prato da balança. De resto, tendo em conta as opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas, os interesses dos titulares de direitos seriam convenientemente satisfeitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação (art. 5.º, 2-a).

²³ Alain Strowel, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet: A propos des hyperliens*, Auteurs & Médias, 1998, p. 296.

²⁴ Cfr. o nosso estudo *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, cit., p. 91-2, com mais indicações e referências de jurisprudência do direito comparado.

²⁵ Assim, J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 205.

Isto não significa que as hiper-ligações profundas e incorporantes sejam juridicamente irrelevantes. Desde logo, deverão respeitar as condições de direitos de autor em que os actos de navegação são livres, definidas pela directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação. Por exemplo, se o motor de pesquisa ou a hiper-ligação permitirem aos utilizadores acederem a sítios de acesso reservado, contornado o respectivo sistema técnico de protecção, não se tratará de actos de reprodução destinados a permitir uma utilização legítima e, nessa medida, não poderão ser considerados actos de navegação livre, salvo se se tratar de exercício de uma excepção imperativa a esses direitos²⁶. Na verdade, os actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção (incluindo os dispositivos de controlo de acesso) de obras e prestações protegidas por direitos de autor e conexos, bem como pelo direito do fabricante de bases de dados, são proibidos nos termos da Directiva sobre direito de autor na sociedade da informação, que ressalva, todavia, a faculdade de os Estados-membros preverem determinados casos de neutralização legítima^{27,28}.

Além disso, tais actos de hiper-ligação podem consubstanciar práticas ilícitas no quadro de outras figuras. Pensamos, concretamente, no instituto da concorrência desleal. Com efeito, vários casos da jurisprudência no direito comparado mostram que se trata, sobretudo, de actos de parasitismo e confusão concorrenciais, de falsidade depreciativa, de promoção enganosa; também não se exclui a possibilidade de haver actos de supressão dos sinais distintivos do produtor dos conteúdos. Enfim, tudo actos de desonestidade mercantil²⁹, que correspondem a exemplos da cláusula geral da concorrência desleal, que, entre nós, o Código da Propriedade Industrial tipifica como ilícito criminal (art. 260.º), remetendo o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten*.

Assim, também nós “ficamos realmente com a impressão de que a questão pertence muito mais” ao domínio da concorrência desleal³⁰. De resto, os termos em que a Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação delimita negativamente o direito de

²⁶ Para uma primeira abordagem à questão da protecção técnica dos conteúdos *vide* o *Os direitos de autor e os desafios da tecnologia*, Livro Verde da Comissão, COM(88) 172.

²⁷ *Vide* Directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE), art. 6.º. Sobre esta importante problemática *vide* a nossa obra *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., esp. §§ 37, 38, 54 e 55, com mais referências.

²⁸ Contudo, mesmo que se trate de uma utilização legítima em termos de direitos de autor e afins, será complexo determinar em que termos se poderá considerar lícita em face do regime de protecção dos serviços de acesso condicional instituído pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. Sobre este regime *vide*, por exemplo, o nosso estudo *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, Lisboa, 1999, pp. 995-6, retomado em *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet* (<http://www.fd.unl.pt> Working Papers 2001).

²⁹ Aos quais poderíamos acrescentar as práticas de «*pagejacking*» e «*mouse-trapping*».

³⁰ J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 205.

reprodução parecem susceptíveis de abranger as hiper-ligações nos actos de navegação livre (aliás, à semelhança da DMCA). Pelo que também neste domínio, ao nível dos direitos de autor, a Directiva sobre comércio electrónico terá sido já adaptada.

Por outro lado, a utilização de instrumentos de pesquisa na Internet pode consubstanciar uma actividade de tratamento de dados pessoais, isto é, “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»), considerando-se identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”³¹.

Com efeito, os instrumentos de pesquisa na internet são capazes de processar dados pessoais sobre o comportamento em linha dos utilizadores da Internet, em termos de configurar os respectivos perfis de «cibernauta». No ambiente das tecnologias digitais e das redes globais, os utilizadores podem deixar as suas “pegadas electrónicas”, isto é, registos digitais de onde estiveram, para o que olharam, os pensamentos que emitiram, as mensagens que enviaram e os bens e serviços que adquiriram. Estes dados tendem a ser detalhados, individualizados e processáveis informaticamente, em particular os chamados “cookies”, que são pequenos repositórios de dados criados por um servidor de um sítio da rede e alojados no disco duro do utilizador.

Os “cookies” foram desenvolvidos para assistir a interacção entre cliente/servidor e recolha de dados. Podem ser acedidos pelo servidor durante visitas actuais e futuras ao sítio da rede. Esta operação realiza-se através da atribuição de um código único a cada visitante e pelo alojamento deste número num “cookie” que é accionado sempre que o sítio é visitado. A informação que é subseqüentemente recolhida sobre o utilizador pode ser depois ligada a este número de código. Ora, a protecção da vida privada e dos dados pessoais é uma das principais preocupações da integração das redes globais de informação na vida do quotidiano. Com efeito, as novas tecnologias aumentam o risco de a informação pessoal ser automaticamente gerada, recolhida, armazenada, interligada e colocada à disposição de vários tipos de uso por agentes comerciais ou pela Administração Pública, sem o conhecimento nem a autorização do titular dos dados.

³¹ Cfr. art. 3.º, a), definição de dados pessoais, da Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, que transpõe a 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), que se aplica também aos casos em que o responsável pelo tratamento utilize um fornecedor de acesso a redes informáticas e telemáticas estabelecido em território português (art. 4.º, 4).

Um simples «*browsing*» na rede pode tornar uma quantidade considerável de informação disponível para os sítios visitados, mesmo que muita desta informação seja necessária para permitir a interacção na internet. Sempre que uma página da rede é acedida, certa informação de cabeçalho ("*header information*") é disponibilizada pelo utilizador do computador ao servidor (o computador que aloja o sítio da rede visitado). Esta informação pode incluir: o endereço do protocolo de internet (IP) do cliente, a partir do qual o nome de domínio e o nome e a localização da organização que registou este nome de domínio podem ser determinados através do sistema de nome de domínio (1); informação básica sobre o instrumento de busca («*browser*») (2); a hora e o dia da visita (3); o *Uniform Resource Locator* (URL) da página da rede que foi vista imediatamente antes de aceder à página actual (4); se um motor de pesquisa foi usado para encontrar o sítio, o inquérito pode ser passado integralmente para o servidor (5); e, dependendo do *browser*, o endereço de correio electrónico do utilizador (se estabelecido na configuração das preferências do *browser*) (6). Além disso, ao "navegar" num sítio da rede, o utilizador pode gerar dados sobre os cliques efectuados («*click-stream data*»), como sejam as páginas visitadas, o tempo dispendido em cada página e a informação enviada e recebida.³²

Ora, a Lei dos Dados Pessoais regula o tratamento destes dados segundo determinados princípios (qualidade, consentimento, finalidade, adequação, pertinência). Além disso, reconhece certos direitos gerais do titular dos dados (informação, acesso, rectificação, oposição), sendo de referir, em especial, no que respeita ao direito de informação, que em caso de recolha de dados em redes abertas, o titular dos dados deve ser informado, salvo se disso já tiver conhecimento, de que os seus dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados (art. 10º, 4). Por outro lado, são consagrados direitos especiais no *marketing* directo e nas telecomunicações.³³

A adequação destas leis para regular o tratamento de dados pessoais na Internet, em especial através dos «*browsers*», tem sido posta em causa. Apesar de serem relativamente recentes, estas leis teriam sido já ultrapassadas pelas realidades tecnológicas entretanto

³² Cfr. *Inventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks*, Working Party on Information Security and Privacy, OECD, May 1999.

³³ Para além da Lei da Protecção de Dados Pessoais, veja-se também a Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro (que transpõe a 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), e a 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. Além disso, foi adoptado o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados. No plano internacional, sobre esta questão poderá ver-se, nomeadamente, a *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.

surgidas, com expressão na Internet. Neste sentido, sustenta-se na doutrina que, “não obstante toda a intervenção legislativa sobre dados pessoais, nos encontramos em vastas zonas... numa situação de lacuna de lei”, sendo necessária “uma disciplina própria”³⁴. E, com efeito, em ordem a adaptar estes diplomas às exigências específicas das comunicações electrónicas interactivas está em discussão, nas instâncias comunitárias, uma Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

Note-se, em todo o caso, que a Internet é um instrumento novo de comércio, sendo palco de concorrência. Onde há concorrência podem ocorrer actos de concorrência desleal, não sendo o comércio electrónico excepção. Durante algum tempo, este novo canal de comércio foi visto como um “wild west”. Ora, o comércio electrónico só poderá realizar o seu potencial se for previsto algum âmbito de protecção e recurso contra actos de concorrência desleal.³⁵ A protecção contra a concorrência desleal complementa a protecção dos direitos de propriedade intelectual, cobrindo um amplo conjunto de assuntos relevantes para o comércio electrónico e fornecendo um quadro jurídico para todas as formas de marketing. O comércio electrónico ainda não foi sujeito a regulamentações específicas relacionadas com as matérias da concorrência desleal. Não obstante, enquanto parte mais flexível do direito da propriedade industrial, o direito da concorrência desleal pode oferecer soluções para os novos problemas que se colocam no comércio electrónico, como sejam, nomeadamente, as novas *práticas interactivas de marketing* (utilização de incentivos, tais como lotarias, ofertas gratuitas e práticas agressivas como a publicidade comparativa e correio electrónico não solicitado ou «*spamming*»). Para saber se estas práticas interactivas de *marketing* poderão ser consideradas como actos de concorrência dever-se-á atender à natureza específica do meio em consideração, sendo questionável se a interactividade natural do meio não justificará a aplicação de padrões mais estreitos em termos de honestidade das práticas do comércio. Além do mais, num meio interactivo como a Internet, a salvaguarda da

³⁴ J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit, p. 212.

³⁵ Ao nível do direito internacional, o art. 10bis da Convenção de Paris dispõe que os Estados que são Partes do Tratado devem prever protecção efectiva contra a concorrência desleal, abrangendo qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos da actividade industrial e comercial e, em especial, “todos os actos que pela sua natureza criem confusão por quaisquer meios seja com o estabelecimento, os bens ou as actividades industriais ou comerciais de um concorrente”. Por seu turno, o art. 39 do Acordo ADPIC consagra a obrigação de prever a protecção contra a concorrência desleal de acordo com aquela norma, em termos de abranger também a protecção dos segredos comerciais ou informação não divulgada. Porém, apesar de o art. 10bis da Convenção de Paris e o art. 39 do Acordo ADPIC darem alguma orientação no que respeita às regras internacionalmente aplicáveis para a protecção contra a concorrência desleal, ficam excluídas muitas áreas que são reguladas de modo diferente em vários sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, a publicidade comparativa e os esquemas de bónus e desconto), levantando-se dificuldades à definição de estratégias uniformes no comércio electrónico à escala global em virtude do mosaico de leis nacionais.

transparência e da privacidade é de especial importância, podendo o direito da concorrência desleal ter que prever regras exigindo uma distinção clara entre texto informativo e publicidade e protegendo os consumidores contra a recolha não autorizada de dados para fins comerciais e o entulhamento dos utilizadores com publicidade não solicitada («*spamming*»)³⁶.

Entre nós, o CPI tipifica como ilícito criminal a concorrência desleal (art. 260.º), segundo uma cláusula geral que remete o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten* – senão mesmo para um *ius naturale* da *lex mercatoria*. Como exemplos dessa desonestidade mercantil apresenta-se, nomeadamente, a confusão concorrencial, a falsidade depreciativa, o parasitismo, a promoção enganosa, a supressão pelo distribuidor dos sinais distintivos do produtor, o desrespeito pelos segredos de outrem³⁷. Em face do nosso direito positivo, parece que certas práticas interactivas de *marketing*, como o «*spamming*» e os «*browsers*»-espiões, constituirão actos de concorrência desleal, sendo algumas assimiláveis aos exemplos que ilustram a violação dos bons costumes da concorrência.

III. Problemas específicos dos metadados ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal

Os metadados (“etiquetas electrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede - «*meta-tags*») suscitam problemas específicos ao nível do direito de marcas e da

³⁶ Cfr. *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Rights*, WIPO, Geneva, May 2000 (<http://ecommerce.wipo.int>) p. 40-1. Acrescentando-se, ainda, que o comércio electrónico põe em confronto os padrões nacionais e os padrões internacionais de práticas de marketing desleais. Por exemplo, saber se uma determinada declaração é enganosa será usualmente determinado em função do público para ao qual é dirigida. Porém, as práticas de marketing no comércio electrónico são frequentemente dirigidas ao público em mais do que um país, em termos de que o que pode ser mal entendido num país pode ser perfeitamente claro noutro. Nestas situações seria importante clarificar se o *marketing* no comércio electrónico deveria ter em conta o nível de conhecimento e de entendimento da audiência em todos os países em que a mensagem pode ser recebida (ou pelo menos em todos os países previsivelmente afectados por ele.) ou se deveria ser suficiente para um anunciante mostrar que uma declaração não era capaz de ser mal-entendida no país de origem («*home country*»).

³⁷ Na proposta de alteração ao CPI a ilicitude da concorrência desleal é reafirmada no art. 320.º em termos semelhantes à cláusula geral do Código actual ilustrada mediante um catálogo de exemplos de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, acrescentando-se “económica”, prevendo-se como exemplos a confundibilidade e o parasitismo concorrenciais, a falsidade depreciativa e promocional, e a ocultação de sinais distintivos do produto pelo intermediário; dois exemplos de actos são suprimidos, como sejam os reclamos dolosos e a apropriação, utilização ou divulgação de segredos de comércio e indústria de outrem, embora seja autonomizada a protecção dos segredos de empresa no art. 321.º, sob epígrafe “protecção de informações não divulgadas”, procurando receber-se desse modo o regime previsto para os segredos no acordo internacional ADPIC (1994). Além disso, a concorrência desleal deixa de constituir ilícito criminal, passando a ser apenas um ilícito contra-ordenacional (cfr. arts. 324.º a 333.º e art. 334.º).

concorrência desleal³⁸. Com efeito, na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. Um outro problema que se tem colocado neste domínio resulta da venda de marcas como metadados.

Em ambas as situações, é problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora se antecipe um papel importante para o instituto da concorrência desleal relativamente a estas práticas do comércio electrónico.

Os metadados são palavras-chave imbuídas no código HTML de um sítio da rede que permitem aos motores de pesquisa na Internet catalogar os conteúdos dos sítios da rede. Os metadados não são visíveis no próprio sítio da rede, embora possam tornar-se visíveis juntamente com o código fonte da página. O sítio da rede que contenha um determinado metadado será encontrado e listado pelos motores de pesquisa que procurem todos os sítios da rede que contenham essa palavra-chave (descriptor, referência). Quantas mais vezes uma palavra-chave aparecer no código oculto, tanto mais o motor de pesquisa irá ordenar o sítio nos seus resultados de pesquisa.

Ao nível da programação informática, a introdução da linguagem XML (*Extensible Markup Language*) veio permitir recentemente uma marcação estrutural e lógica mais rica dos documentos e dos dados que contêm. A XML é um elemento chave de potenciação do comércio electrónico com a utilização de agentes electrónicos. Com efeito, os dados podem ser marcados ou etiquetados de uma maneira que permitirá aos motores de pesquisa encontrá-los e combiná-los facilmente. Assim, por exemplo, se vários sítios turísticos na rede tiverem os dados marcados em XML, os agentes electrónicos programados pelos utilizadores poderão ser capazes de pesquisar tais fontes da WWW para elaborar possíveis itinerários aos melhores preços. Se os dados de cada sítio estiverem etiquetados

³⁸ Sobre este assunto, 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*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 213 ss; 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 meta-tags sur les sites d'entreprises commerciales*, in *Révue de Droit de L'Informatique et des télécoms*, 3/1999, p. 16 ss.

em XML, será possível operar interactivamente e de um modo inteligente com dados de outros sítios.

Em vários países os titulares de marcas questionaram a utilização não autorizada das suas marcas de comércio como metadados³⁹. Porém, a marca não é utilizada em primeira linha para distinguir determinados bens ou serviços. É antes usada de um modo que não é visível ao olho humano de modo a fazer com que um motor de pesquisa liste um determinado sítio na rede em resposta a uma pesquisa. O utilizador terá que pressionar o rato sobre um dos resultados de pesquisa listados se quiser ver o conteúdo desse sítio.

Não obstante, alguns tribunais consideraram esta prática como violação do direito de marca, com fundamento em que esse uso poderia sugerir *patrocínio* ou *autorização* do titular da marca, ou então recorrendo ao conceito de «interesse de confusão inicial», baseando-se no facto de que os consumidores que procuram os produtos do titular da marca poderiam ser erroneamente enviados para um sítio de outrem. Com efeito, se este fosse o sítio da rede de um concorrente, então os consumidores poderiam ser induzidos a ficar nesse sítio e utilizar o produto concorrente, apesar de já não estarem confundidos aquando da visualização desse sítio da rede⁴⁰.

Todavia, mesmo colocando-se o problema no quadro do direito das marcas, tem-se considerado também que a utilização da marca de outrem como metadado poderá constituir uma utilização legítima (*fair use*). Assim será, por exemplo, se um revendedor utiliza a marca como metadado para indicar aos potenciais clientes que está a oferecer bens com aposição dessa marca.⁴¹

O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, quando a marca é utilizada como metadado de um sítio da rede de um concorrente que realiza publicidade comparativa em conformidade com a lei⁴².

Um outro problema resulta da venda de marcas como metadados. Com efeito, os sítios da rede que fornecem motores de pesquisa estão entre os sítios mais frequentados ou

³⁹ Cfr. *Primer on Electronic Commerce, cit.*, p. 39, que seguimos de perto.

⁴⁰ Neste sentido, *Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainment Corp*, 50 U.S.P.Q. 2d 1545 (9th Cir. 1999); uma abordagem semelhante é tomada na decisão do Tribunal de grande instance de Paris (March 24, 1999), *Société Kaysersberg Packaging v. Société Kargil*, e na decisão do Landgericht Mannheim, 7 O 291/97 (August 1, 1997), relativamente à marca "ARWIS".

⁴¹ No sentido da utilização legítima de marca como metadado, *Playboy v. Enterprises Inc. v. Welles*, 7 F. Supp.2d 1098, 47 U.S.P.Q.2d 1186.

⁴² Vide art. 16.º do Código da Publicidade. A. Côte-Real Cruz, *O conteúdo e extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio*, in *Direito Industrial*, Vol. I, APDI, Almedina, Coimbra, 2001, p. 98-99. Sobre o problema da utilização de comparações na publicidade vide, por ex., o nosso *Publicidade Comparativa*, Coimbra, IJC, 1993, com mais referências.

visitados da Internet. Nessa medida tornam-se especialmente atractivos para os anunciantes. Alguns destes motores de pesquisa vendem metadados aos anunciantes que querem apontar os seus produtos a um grupo particular de utilizadores da Internet. Disto resulta que sempre que uma palavra-chave é introduzida num motor de pesquisa um reclame (ou anúncio publicitário) aparece juntamente com quaisquer resultados de pesquisa⁴³.

Esta prática foi posta em causa por titulares de marcas preocupados em que tais reclames pudessem afastar os clientes dos seus próprios sítios da rede, ou dos sítios da rede dos seus revendedores preferidos ou autorizados. Porém, o tratamento jurídico de tais casos nem sempre tem sido favorável às pretensões dos titulares de marcas⁴⁴.

Além disso, considera-se que poderá existir utilização legítima (*fair use*) de um signo que seja protegido como marca, no quadro das excepções permitidas⁴⁵. Tais excepções, que valem de igual modo na Internet, abrangem a utilização leal e de boa fé de um signo protegido, ou seja, de uma maneira puramente descritiva ou informativa.

Isto significa que um tal uso não deverá ir além do que é necessário para identificar a pessoa, a entidade ou os bens ou serviços, e que nada é feito em conexão com o signo que possa sugerir patrocínio ou apoio do titular da marca. Outros exemplos de “uso autorizado aceitável” incluem a utilização num contexto não comercial ou o uso que é protegido pelo direito de livre expressão, tal como a crítica dos consumidores expressa em relação a uma determinada marca⁴⁶.

Nos termos do nosso Código da Propriedade Industrial, o titular de marca registada goza da propriedade e do exclusivo dela (art. 167.º CPI). O conteúdo da propriedade e do exclusivo da marca é delimitado positiva e negativamente pelo Código, que assim recorta os poderes do titular de direitos.

Por um lado, o conteúdo positivo do direito de marca significa que o titular pode usar a marca para assinalar os produtos respectivos, pode utilizá-la na publicidade, pode

⁴³ Por exemplo, quando os revendedores adquirem metadados de modo a que os seus reclames sejam dispostos sempre que pareça que produtos com aposição de uma determinada marca estejam a ser vendidos. Sobre esta nova forma de contratação publicitária *vide*, entre nós, J. Oliveira Ascensão, J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 217-8, com mais indicações.

⁴⁴ Neste sentido, *Playboy Enterprises Inc. v. Netscape Communications Corp.*, C.D. Calif., No. SA CV 99-320 AHS (Eex) (June 24, 1999), em que o tribunal recusou um procedimento cautelar com o argumento de que a venda pelo réu dos termos “Playboy” e “Playmate” como termos de pesquisa apenas envolvia palavras comuns e não marcas.

⁴⁵ Nos termos do art. 17 do Acordo ADPIC, sob epígrafe excepções: “Os membros podem prever excepções limitadas aos direitos conferidos por uma marca, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que essas excepções tenham em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros.”

⁴⁶ Cfr. *Primer on Electronic Commerce*, cit., p. 40, com referência, *inter alia*, à decisão *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, C.D. Cal., No. CV 98-1278 DDP (MANx), (December 21, 1998).

transmiti-la e cedê-la em licença de exploração (arts. 29º, 30º, 211º, 213º). Por outro lado, em termos de conteúdo negativo, o art. 207 do CPI, interpretado em conformidade com o art. 5º da Primeira Directiva sobre Marcas (89/104/CEE)⁴⁷, dispõe que o registo de marca confere ao seu titular o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o uso, na sua actividade económica, de um sinal idêntico à marca para produtos ou serviços idênticos àqueles para os quais a marca foi registada (1), bem como de um sinal que, devido à sua identidade ou semelhança com a marca (i) e à afinidade ou identidade dos produtos ou serviços a que a marca e o sinal de destinam (ii), crie no espírito dos consumidores um risco de confusão que compreenda o risco de associação entre o sinal e a marca” (2).

Do confronto do conteúdo positivo do direito com o seu conteúdo negativo parece resultar uma considerável diferença de extensão, com implicações em matéria do problema da licitude da utilização e da venda de marcas como metadados. Com efeito, o conteúdo negativo, embora abranja o poder de impedir a terceiros o uso na sua actividade económica de um sinal idêntico ou semelhante à marca para assinalar bens idênticos ou afins, não inclui expressamente a faculdade de proibir a sua utilização na publicidade.

Esta aparente diferença de extensão de conteúdos de protecção projecta-se na problemática dos metadados. Com efeito, se se entendesse que a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados reveste uma forma de comunicação promocional, então essa utilização seria em princípio reservada ao titular do direito de marca, o qual poderia impedir a terceiros tal uso do signo na respectiva actividade económica, na medida em que o uso publicitário do signo integrasse o conteúdo negativo do direito.

Porém, entre nós, a doutrina sustenta que o direito de marca, mesmo em relação à marca de grande prestígio que rompe com o princípio da especialidade, “continua a dar apenas um direito exclusivo: assinalar produtos ou serviços. Não impede que a marca seja usada para qualquer outro fim”⁴⁸. Assim, parece que, segundo esta orientação, a exclusividade do uso publicitário do signo, que integra o conteúdo positivo do direito de marca, seria restrita à utilização em mensagens publicitárias do signo que se traduzisse em assinalar, nessas mensagens, produtos ou serviços; as demais utilizações dos signos protegidos como marcas em mensagens de natureza promocional não seriam abrangidas pelo direito das marcas, constituindo, nessa medida, utilizações livres em face do direito das marcas.

⁴⁷ Cfr. J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 364; ; A. Côte-Real Cruz, *O conteúdo e extensão do direito à marca*, cit., p. 96.

⁴⁸ J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 215.

Não aderimos, porém, sem reservas a esta interpretação. Com efeito, em tese geral, sustentamos que a protecção jurídica das marcas inclui a tutela da sua função atractiva ou publicitária⁴⁹. Nessa medida, a utilização publicitária de signos protegidos como marcas será reservada, em princípio, ao respectivo titular de direitos. Pelo que, a utilização como metadados de signos protegidos como marca que consubstancie uma utilização publicitária desses signos estará sujeita, em princípio, a autorização do titular de direitos. Admitimos, por outras palavras, que a utilização de marcas como metadados possa constituir um problema de violação do direito de marcas, em especial se se tratar de uma utilização publicitária dos signos reservados.

Isto não significa, porém, admitir uma propriedade absoluta ou um monopólio ilimitado sobre palavras ou outros signos protegidos como marcas (e outros direitos de propriedade intelectual). Com efeito, a utilização de signo protegido como marca poderá constituir uma utilização lícita nas circunstâncias previstas na lei. Desde logo, por um lado, nos termos do artigo 209.º, relativo às limitações aos direitos conferidos pelo registo, o direito conferido pelo registo da marca não permite ao seu titular impedir a terceiros o uso na sua actividade económica, desde que seja feito em conformidade com normas e usos honestos em matéria industrial e comercial: a) do seu próprio nome e endereço; b) de indicações relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época de produção do produto ou da prestação do serviço ou a outras características dos produtos ou serviços; c) da marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente, a título acessório ou complementar.

Por outro lado, dever-se-á considerar também a regra do esgotamento prevista no art. 208.º: “os direitos conferidos pelo registo da marca não permitem ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, excepto se existirem motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado”. Nesse sentido, o revendedor de bens comercializados na Comunidade poderia utilizar a marca desses produtos como metadados do seu sítio da rede, de modo a que os eventuais interessados nesses produtos pudessem localizar aquele revendedor através de motores de pesquisa na Internet orientados por tal marca como metadado⁵⁰.

⁴⁹ Defendendo a existência de “tutela directa e autónoma” desta função no regime da marca de grande prestígio (art. 191), *vide* J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 341.

⁵⁰ Porém, “se se provar que, tendo em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, o uso da marca na publicidade do revendedor afecta seriamente a reputação da marca”, o titular da marca poderá

Finalmente, sustentamos a existência de um princípio de liberdade de utilização de marcas protegidas («*fair use*»), quando tal utilização for feita de modo leal e de boa fé, de uma maneira puramente descritiva ou informativa. Trata-se das utilizações que não vão para além do que é necessário para identificar a pessoa, a entidade ou os bens ou serviços, e nas quais nada é feito em conexão com o signo que possa sugerir patrocínio ou apoio do titular da marca. Pense-se, por exemplo, na utilização num contexto não comercial ou protegida pelo direito de livre expressão, tal como a crítica dos consumidores expressa em relação a uma determinada marca, ou a utilização no quadro de práticas lícitas de publicidade comparativa.

Quer a utilização da marca como metadado viole ou não o direito de marca, será de considerar, em qualquer caso, o regime da concorrência desleal. Com efeito, a internet é um palco de concorrência e onde há concorrência podem ocorrer actos de concorrência desleal, não sendo o comércio electrónico excepção. Durante algum tempo, este novo canal de comércio foi visto como um “wild west”⁵¹, mas o comércio electrónico só poderá realizar o seu potencial se for previsto algum âmbito de protecção e recurso contra actos de concorrência desleal.⁵²

A protecção contra a concorrência desleal é autónoma e complementar da protecção dos direitos de propriedade intelectual, cobrindo um amplo conjunto de assuntos relevantes para o comércio electrónico e fornecendo um quadro jurídico para todas as formas de marketing. O comércio electrónico ainda não foi sujeito a regulamentações específicas relacionadas com as matérias da concorrência desleal. Não obstante, enquanto parte mais flexível do direito da propriedade industrial, o direito da concorrência desleal

impedir esse uso, segundo o *case-law* comunitário (cfr. Ac. TJCE, 4 de Novembro de 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV vs. Evora BV*). Trata-se de uma projecção da doutrina da «diluição da marca», entre nós acolhida, recentemente, num outro contexto, pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 8 de Fevereiro de 2001; como escreve Nogueira Serens: “Para efeitos de tutela, as *marcas fortes são as que, sendo conceptualmente fortes, também o são comercialmente*, em consequência do seu largo uso e/ou abundante publicidade” (M. Nogueira Serens, *A “vulgarização” da marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (id est, no nosso direito futuro)*, Coimbra 1995 [*Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer-Correia» — 1984*], p. 44.

⁵¹ Cfr. *Primer on Electronic Commerce, cit.*, p. 40.

⁵² Ao nível do direito internacional, o art. 10bis da Convenção de Paris dispõe que os Estados que são Partes do Tratado devem prever protecção efectiva contra a concorrência desleal, abrangendo qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos da actividade industrial e comercial e, em especial, “todos os actos que pela sua natureza criem confusão por quaisquer meios seja com o estabelecimento, os bens ou as actividades industriais ou comerciais de um concorrente”. Por seu turno, o art. 39 do Acordo ADPIC consagra a obrigação de prever a protecção contra a concorrência desleal de acordo com aquela norma, em termos de abranger também a protecção dos segredos comerciais ou informação não divulgada. Porém, apesar de o art. 10bis da Convenção de Paris e o art. 39 do Acordo ADPIC darem alguma orientação no que respeita às regras internacionalmente aplicáveis para a protecção contra a concorrência desleal, ficam excluídas muitas áreas que são reguladas de modo diferente em vários sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, a publicidade comparativa e os esquemas de bónus e desconto), levantando-se dificuldades à definição de estratégias uniformes no comércio electrónico à escala global em virtude do mosaico de leis nacionais.

pode oferecer soluções para os novos problemas que se colocam no comércio electrónico, como sejam a utilização e a venda de marcas como metadados. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as novas *práticas interactivas de marketing* (utilização de incentivos, tais como lotarias, ofertas gratuitas, e práticas agressivas como a publicidade comparativa e correio electrónico não solicitado ou «*spamming*»). Para saber se estas práticas interactivas de *marketing* poderão ser consideradas como actos de concorrência dever-se-á atender à natureza específica do meio em consideração, sendo questionável se a interactividade natural do meio não justificará a aplicação de padrões mais estreitos em termos de honestidade das práticas do comércio. Além do mais, num meio interactivo como a Internet, a salvaguarda da transparência e da privacidade é de especial importância, podendo o direito da concorrência desleal ter que prever regras exigindo uma distinção clara entre texto informativo e publicidade e protegendo os consumidores contra a recolha não autorizada de dados para fins comerciais e o entulhamento dos utilizadores com publicidade não solicitada («*spamming*»)⁵³.

Entre nós, o CPI tipifica como ilícito criminal a concorrência desleal (art. 260.º), segundo uma cláusula geral que remete o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten* – senão mesmo para um *ius naturale* da *lex mercatoria*. Como exemplos dessa desonestidade mercantil apresenta-se, nomeadamente, a confusão concorrencial, a falsidade depreciativa, o parasitismo, a promoção enganosa, a supressão pelo distribuidor dos sinais distintivos do produtor, o desrespeito pelos segredos de outrem.

⁵³ Cfr. *Primer on Electronic Commerce, cit*, p. 41. Acrescentando-se, ainda, que o comércio electrónico põe em confronto os padrões nacionais e os padrões internacionais de práticas de marketing desleais. Por exemplo, saber se uma determinada declaração é enganosa será usualmente determinado em função do público para ao qual é dirigida. Porém, as práticas de marketing no comércio electrónico são frequentemente dirigidas ao público em mais do que um país, em termos de que o que pode ser mal entendido num país pode ser perfeitamente claro noutro. Nestas situações seria importante clarificar se o *marketing* no comércio electrónico deveria ter em conta o nível de conhecimento e de entendimento da audiência em todos os países em que a mensagem pode ser recebida (ou pelo menos em todos os países previsivelmente afectados por ele,) ou se deveria ser suficiente para um anunciante mostrar que uma declaração não era capaz de ser mal-entendida no país de origem («*home country*»).

Em face do nosso direito positivo, parece que certas práticas interactivas de *marketing*, como a utilização e a venda de marcas como metadados, poderão constituir actos de concorrência desleal. De resto, algumas destas práticas de marketing são claramente assimiláveis aos exemplos que ilustram a violação dos bons costumes da concorrência, pelo que se antecipa um papel importante do regime da concorrência desleal no domínio específico dos «*meta-tags*».⁵⁴

Conclusão

Em suma, tratámos o problema dos instrumentos de pesquisa na Internet em duas dimensões, ora como possíveis objectos de direitos exclusivos, ora como possíveis meios de violação de direitos exclusivos, e procurámos por último enquadrar a problemática da utilização de signos reservados como metadados ao nível do direito das marcas e da concorrência desleal.

Relativamente à primeira dimensão, vimos que os instrumentos de busca são programas de computador, incluindo-se, nessa medida, no quadro dos objectos possíveis de direitos exclusivos. Referimos, a este propósito, a reduzida protecção dos programas de computador pelos direitos de autor segundo o direito nacional e comunitário em virtude da dicotomia forma de expressão/conteúdo ideativo-funcional, por um lado, e da licitude da descompilação para fins de interoperabilidade nas comunicações electrónicas, por outro. Neste sentido aponta, do outro lado do atlântico, a jurisprudência estadunidense,

⁵⁴ Como referimos *supra*, a ilicitude da concorrência desleal é reafirmada no art. 320.º na proposta de alteração ao CPI, em termos semelhantes à cláusula geral do Código actual (embora deixe de constituir ilícito criminal, passando a ser apenas um ilícito contra-ordenacional - cfr. arts. 324.º a 333.º e art. 334.º), sendo ilustrada mediante um catálogo de exemplos de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, acrescentando-se “económica”. Como exemplos de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica são previstos a confundibilidade e o parasitismo concorrenciais, a falsidade depreciativa e promocional, e a ocultação de sinais distintivos do produto pelo intermediário; além disso, dois exemplos de actos são suprimidos, como sejam os reclamos dolosos e a apropriação, utilização ou divulgação de segredos de comércio e indústria de outrem, embora seja autonomizada a protecção dos segredos de empresa no art. 321.º, sob epígrafe “protecção de informações não divulgadas”, procurando receber-se desse modo o regime previsto para os segredos no acordo internacional ADPIC (1994).

bem como a DMCA relativamente à licitude de actos de neutralização de medidas tecnológicas de protecção contra a descompilação.

Em função da espinha dorsal dos programas não ser inteiramente protegida, mesmo pelo direito *sui generis* sobre os processos instituído pela directiva comunitária, assiste-se a um apelo crescente ao direito de patente para proteger os algoritmos de programação. Todavia, no domínio das patentes de «*software*», a experiência do direito estadunidense contrasta com o problema da não patenteabilidade dos programas de computador enquanto tais no quadro da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia e, entre nós, na sua linha, do Código da Propriedade Industrial. Em todo o caso, reafirmámos que a eventual emissão de direitos de patente sobre programas de computador não deveria contornar o imperativo da interoperabilidade das comunicações electrónicas.

Um outro aspecto tratado relativamente aos instrumentos de pesquisa na Internet enquanto objectos de direitos exclusivos é o problema da protecção como bases de dados dos resultados produzidos pelos motores de busca. Entendemos que, embora não sejam reconhecidos direitos de autor sobre obras de máquina, será de admitir a hipótese de se verificarem, em concreto, os requisitos de atribuição do direito especial do fabricante de bases de dados, em ordem à protecção do seu investimento.

Relativamente à segunda dimensão, vimos que os instrumentos de busca de informação na Internet levantam problemas enquanto possíveis meios de violação de direitos exclusivos. Para começar, os motores de pesquisa afectam o direito de reprodução nos direitos de autor. Neste contexto, apontámos o silêncio eloquente dos Tratados da OMPI em face do potencial paralisante de um direito de reprodução amplamente definido, bem como o reconhecimento, por esses instrumentos internacionais, da necessidade de novas excepções adequadas ao ambiente digital. Depois, vimos que a Directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação, embora defina o direito de reprodução em termos amplos, exclui negativamente do seu âmbito os actos de reprodução temporária, isto é, os actos transitórios e episódicos que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado económico. Neste sentido, o preâmbulo esclarece expressamente que, em tais circunstâncias, são abrangidos os actos que possibilitam a navegação («*browsing*») e os actos de armazenagem temporária («*caching*»).

A este propósito, assinalámos a insuficiência regulamentar do Código do Direito de Autor, apelando no sentido da sua clarificação interpretativa segundo as directivas

comunitárias. Em especial, considerámos que o fornecimento de motores de pesquisa é um dos exemplos da actividade de prestação de serviços da sociedade da informação, cuja responsabilidade é regulada na Directiva sobre o comércio electrónico. Porém, esta directiva, ao contrário da DMCA estadunidense (que prevê e regula uma excepção relativa aos utensílios de localização de informação) deixou esta matéria para uma eventual revisão futura dos seus termos. Constatámos que a Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação terá introduzido já essa adaptação, ao nível dos direitos de autor, uma vez que exclui o «*browsing*» e, a nosso ver também, as hiper-ligações, quer sejam simples, profundas ou incorporantes, do direito de reprodução, segundo um princípio de liberdade dos actos de navegação⁵⁵ – à semelhança, aliás, da DMCA. De todo o modo, realçámos o papel da concorrência desleal para regular certas práticas de desonestidade mercantil no comércio electrónico.

Vimos ainda que os instrumentos de busca na internet são meios possíveis de violação de direitos exclusivos ao nível do tratamento de dados pessoais, em especial através dos «*cookies*». Neste sentido fizemos uma breve referência à lei de protecção de dados pessoais, interrogando-nos sobre a sua adequação às exigências do ambiente em rede, tendo em conta, aliás, iniciativas comunitárias. Considerámos, ainda, que novas práticas interactivas de *marketing* poderão exigir da concorrência desleal um importante papel, juntamente com a protecção dos dados pessoais.

Finalmente, quanto aos metadados («*meta-tags*») trata-se de “etiquetas electrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede, que permitem a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Em termos jurídicos, os metadados suscitam problemas específicos ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal. De facto, na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. Um outro problema que se tem colocado neste domínio resulta da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da internet.

Porém, em ambas as situações, é problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora nos inclinemos para o entendimento de que poder-se-á tratar de uma utilização publicitária de signos protegidos, reservada, nessa medida, ao respectivo titular de

⁵⁵ Concordamos assim com o “princípio da liberdade de estabelecimento de hiperexos”, José de Oliveira Ascensão, *A Liberdade de Referências em Linha e os Seus Limites*, Revista da Ordem dos Advogados, 2001, II, p. 503.

direitos, dentro dos limites da lei. Antecipa-se, de todo o modo, um papel importante para o instituto da concorrência desleal relativamente a estas práticas do comércio electrónico.

Abstract: The Freedom of Navigation on the Internet (Browsers, Hyperlinks, Meta-tags). Is the Internet ruled by *mare clausum* or *mare liberum* principles? This paper that has supported the communication presented to the II Journeys on Law and Internet that took place in Coimbra addresses this question focusing the concerns placed by search engines, hyperlinks, and meta-tags to the system of exclusive rights. To begin with, search engines are analysed as possible objects of exclusive rights, on one hand, and as possible means of infringement of such rights, on the other hand. First, search engines may be protected as computer programs under special Copyright Law, but they cannot be granted patent protection. Moreover, it's argued that the search result of the use of search engines is capable of protection under database copyright law as well as under the database *sui generis* right provided by special legislation. Second, search engines, namely browsers and hyperlinks, can constitute infringement to copyright law, in special the right of reproduction, if they do not comply with the requirements of the European directives on electronic commerce and copyright in the information society; the same applies, *mutatis mutandis*, to the infringement of the legal protection afforded to conditional access services. Finally, search engines can also be used to infringe personal data and privacy law, and they may lead to marketing mal practises of unfair competition. Then, meta-tags place specific concerns to trademark and unfair competition law. This paper address these concerns considering how, in comparative case-law, the use and sale of trademarks as meta-tags as been deemed to be infringement to trademark law and unfair competition protection in some cases, and how it has been considered to fall within the concept of free and fair use in other cases. Finally, it attempts to frame the legal relevance of the use and sale of trademarks as meta-tags in Portuguese law, in particular trademark, unfair competition and advertising law.