



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DIREITO DA INFORMÁTICA

(ESTUDOS)

Vol. I

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

INTRODUÇÃO

1. Sentido, natureza e valor do Direito da Informática

Informática é um neologismo derivado do francês *informatique*, o qual resulta da conjugação de *information* e *automatique*. Significa o tratamento automático ou automatizado de informação. É sinónimo de computação, termo mais próximo do inglês *computing* ou *computer sciences*. Em alemão utiliza-se a terminologia EDV-Recht (*Elektronischen Datenverarbeitung Recht*), *Computerrecht* ou, sobretudo, *IT-Recht* (*Informationstechnologierecht*).

Em Portugal, à semelhança de outros países latinos como Espanha e Itália, prevalece a designação Direito da Informática. Embora se utilize também a denominação Direito das Tecnologias da Informação ou Direito da Sociedade da Informação, Direito da Informática é mais comum.

2. O Direito da Informática é um novo ramo das ciências jurídicas que se caracteriza sobretudo pela complementaridade e pela interdisciplinaridade. Complementaridade, em virtude de o Direito da Informática servir de complemento aos conhecimentos obtidos nas unidades curriculares tradicionais. Interdisciplinaridade na medida em que o estudo do Direito da Informática exige, para além do conhecimento de noções básicas de tecnologias da informação (por ex., programas de computador, bases de dados, correio eletrónico, websites, internet, encriptação), o domínio dos vários ramos do Direito, público e privado, afetados por essas tecnologias. Por exemplo, no Direito Privado suscitam-se questões relativas à utilização da informática no tratamento de dados pessoais ou de outros bens protegidos por direitos exclusivos (por ex. os direitos de autor e outros direitos de propriedade intelectual), bem como na formação dos contratos (a chamada contratação eletrónica, incluindo a certificação de assinaturas digitais e a necessidade de proteção do consumidor no comércio eletrónico) ou na prestação de novos serviços (incluindo a responsabilidade civil dos chamados provedores de internet). Por outro lado, os bens informáticos típicos, como os programas de computador, as bases de dados e os nomes de domínio da internet, são objeto de regimes jurídicos próprios no sistema de direitos privativos. Já no domínio do Direito Público destacam-se os problemas relativo à utilização da informática na Administração Pública (a chamada governação eletrónica, incluindo a contratação pública) e a tutela dos direitos fundamentais, como a reserva da vida privada, ou ainda a cibercriminalidade.

É praticamente consensual que o Direito da Informática não tem autonomia dogmática. Pode até questionar-se se as matérias que constituem o objeto do Direito da Informática não são ou não deverão ser antes estudadas nas unidades curriculares a que dizem respeito, como por exemplo a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito das Obrigações, relativamente à contratação eletrónica e à proteção de dados pessoais, ou então o Direito das Coisas, senão mesmo o Direito Comercial, relativamente à proteção jurídica de bens informáticos como os programas de computador, as bases de dados e os nomes de domínio da internet. De igual modo, as matérias da governação eletrónica e

do cibercrime serão objeto de estudo no âmbito de unidades curriculares como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Penal.

Não obstante, sem prejuízo de tais matérias integrarem o plano de estudos das referidas unidades curriculares, parece-nos que, relativamente às matérias do Direito Privado, justifica-se o seu estudo autónomo, a título opcional e com a duração de um semestre, no Direito da Informática. Com efeito, por escassez de tempo, as referidas matérias não serão lecionadas com o desenvolvimento que terão numa unidade curricular especificamente dedicada a elas. Sendo que a atualidade e interesse dessas matérias justifica a abertura de uma unidade curricular que permita aos estudantes adquirir, por opção, competências especializadas de enriquecimento curricular e que poderão ser um relevante fator de diferenciação no momento da procura de saídas profissionais.

Esta é, aliás, uma importante razão justificativa da abertura de uma unidade curricular de Direito da Informática. Ao aumento significativo da procura de profissionais com competências especializadas no sector das tecnologias da informação, em virtude da sua importância socioeconómica¹ e até cultural, corresponde um aumento da procura de profissionais do Direito com competências específicas neste domínio. As fontes do Direito da Informática exigem um acompanhamento especializado por parte de juristas que tenham obtido no curso de licenciatura conhecimentos e ferramentas teórico-práticas que lhes permitam identificar, compreender, discutir e aplicar os instrumentos jurídicos específicos do Direito da Informática. Este é um domínio muito marcado pela intervenção normalizadora da União Europeia², ao ponto de a legislação nacional se limitar, praticamente, à transposição de Diretivas da UE.³ É o que se sucede, nomeadamente, nos domínios da proteção dos programas de computador e das bases de dados pelos direitos de autor e pela harmonização destes direitos no âmbito da sociedade da informação (leia-se, informática em rede ou internet), da proteção do

¹ Segundo dados da ACEPI, aproximadamente 2,7 milhões de consumidores portugueses fazem compras pela Internet, tendo gasto em 2014 cerca de 2,9 mil milhões de euros em compras B2C.

² Que se intensificará em vista da criação do mercado único digital anunciado na Comunicação da Comissão *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final.

³ Ver, por ex., Diretiva n.º 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade da informação (transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril), Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 (transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto), Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (transposta pela Lei 67/98, de 26 de outubro), Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (transposta pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei 46/2012, de 29 de agosto, que transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE); Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (transposta pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, com alterações posteriores); Diretiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (transposta pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, com alterações posteriores).

consumidor na contratação a distância, em especial por via eletrónica, da proteção dos dados pessoais e da vida privada nas comunicações eletrónicas, da responsabilidade civil dos provedores de internet, ou do princípio do país de origem no domínio do comércio eletrónico. Além disso, é já significativa a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre questões jurídicas da internet em vários domínios, incluindo a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação pela violação de direitos exclusivos (por ex., marcas ou direitos de autor).⁴ O desenvolvimento da computação em nuvem⁵ será acompanhado, igualmente, de uma maior procura de juristas com competências especializadas neste domínio.

2. Métodos, conteúdos e bibliografia

O método de ensino do Direito da Informática divide-se em duas partes relativamente a cada um dos módulos que integram o conteúdo programático da unidade curricular. Para começar, é feita uma breve exposição das matérias, identificando as suas principais fontes normativas e expondo sucintamente os princípios fundamentais que delas resultam. Seguidamente é proposta a análise de jurisprudência, sobretudo acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, promovendo desse modo uma aprendizagem dos regimes jurídicos aplicáveis a partir de casos concretos. É privilegiada a utilização da informática para a realização de pesquisa de materiais de estudo, incluindo legislação, jurisprudência e bibliografia.

O programa analisa-se em vários módulos, a lecionar pela seguinte ordem:

1. Objeto, fontes e natureza do Direito da Informática.
2. Comércio eletrónico e o princípio do país de origem.
3. Contratação eletrónica, certificação e proteção do consumidor
4. Programas de computador, bases de dados e direitos de autor na internet
5. Nomes de domínio da Internet e sinais distintivos
6. Dados pessoais e privacidade nas comunicações eletrónicas
7. Responsabilidade civil dos provedores de Internet e computação em nuvem.
8. Jurisdição na internet: tribunal competente, lei aplicável e meios alternativos de resolução de litígios.
9. Cibercrime

⁴ Para uma resenha de decisões entre 2004 e 2014, *vide* Koen Lenaerts, «The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014)», *ELTE Law Journal*, 2014/1, p. 9-26.

⁵ Nos termos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Explorar plenamente o potencial da computação em nuvem na Europa*, COM(2012) 529 final, Bruxelas, 27.9.2012, “A «computação em nuvem» em termos simples pode ser entendida como o armazenamento, tratamento e utilização de dados em computadores remotos a que se acede através da Internet. Isto significa que os utilizadores podem controlar, mediante pedido, uma capacidade computacional quase ilimitada, que não têm de realizar grandes investimentos de capital para satisfazer as suas necessidades e que podem ter acesso aos seus dados em qualquer local através de ligação à Internet. A computação em nuvem permite reduzir substancialmente as despesas informáticas dos utilizadores e desenvolver uma grande quantidade de novos serviços. Recorrendo à computação em nuvem, as empresas, mesmo as de menor dimensão, podem penetrar em mercados cada vez maiores e as administrações públicas podem tornar os seus serviços mais atraentes e eficientes, contendo ao mesmo tempo as despesas.”

Os principais instrumentos legais e a jurisprudência básica a estudar em cada módulo são os seguintes:

1. Introdução: objeto, fontes e natureza do Direito da Informática
2. Comércio eletrônico: princípio do país de origem no mercado interno; exceções
 - Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, e Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril
 - TJUE, acórdãos de 2 de dezembro de 2010, proc. C-108/09, Ker-Optika (farmácia online; no direito interno, Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, e alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de Agosto, e a Portaria nº 1427/2007, de 2 de novembro), 13 de outubro de 2011, proc. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (acordos restritivos da concorrência e proibição da utilização da Internet para vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal), 8 de setembro de 2009, proc. C-42/07, Bwin/LPFP c. SCML (apostas desportivas em linha; agora, no direito interno, Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril)
3. Contratação eletrónica, certificação digital e proteção do consumidor
 - Decreto-Lei n.º 7/2004 de 7 de janeiro, alterado (comércio eletrônico)
 - Decreto-Lei n.º 290-D/99 de 2 de agosto, alterado (assinatura eletrónica e certificação).
 - Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado (contratos a distância)
 - Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, alterado (serviços financeiros)
 - TJUE, acórdãos de 5 de maio de 2011, proc. C-316/09, MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH, e acórdão de 11 de julho de 2013, proc. C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology (publicidade na Internet), 24 de outubro de 2009, proc. C-489/07, Pia Messner (responsabilidade do consumidor que exerce o direito de resolução do contrato após utilização do bem de uma forma incompatível com os princípios do direito civil, como a boa fé ou o enriquecimento sem causa)
4. Software, bases de dados e propriedade intelectual na Internet
 - Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro (programas de computador)
 - Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (bases de dados)
 - TJUE, acórdãos de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, UsedSoft v Oracle (licenças de software e esgotamento do direito de distribuição em linha), 29 de abril de 2004, Proc. C-418/01, IMS Health c. NDS (bases de dados e concorrência)
 - Acórdão do TPI de 17 de setembro de 2007, proc. T - 201/04, Microsoft Corp. v Commission of the European Communities (programas de computador e concorrência)
 - Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
 - Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação
 - TJUE, acórdãos de 16 de julho de 2009, proc. C-5/08, Infopaq (requisito de proteção e conceito de reprodução parcial em direitos de autor), 7 de março de 2013, proc. C-607/1, TVCatchup Ltd (live streaming), 13 de fevereiro de 2014, proc. C-466/12, Svensson (o fornecimento de hiperligações não constitui comunicação ao público), 21 de outubro de 2014, proc. C-348/13, BestWater International (framing e comunicação ao público), 11 de setembro de 2014, processo C-117/13, Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG (digitalização de obras e sua colocação à disposição do público em terminais de bibliotecas universitárias) e 5 de março de 2015, proc. C-463/12, Copydan Båndkopi c. Nokia Danmark (compensação equitativa pela cópia privada)

5. Nomes de domínio e sinais distintivos
 - Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril
 - Regulamento DNS.PT 2014 e Recomendações da OMPI
 - Regulamento (CE) n.º 733/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo .eu
 - Acórdão de 3 de junho de 2010, proc. C-569/08, Internetportal GmbH

6. Responsabilidade civil dos provedores de Internet e computação em nuvem
 - Diretiva 2000/31 e Lei 7/2004
 - TJUE, acórdãos de 23 de março de 2010, procs. apensos C-236/08 a C-238/08, Google France, Google c. Louis Vuitton (utilização de marcas como meta-dados), de 24 de novembro de 2011, proc. C-70/10, Scarlet c. Sabam, e de - 16 de fevereiro de 2012, proc. C-360/10, Netlog (proibição de sistemas de filtragem)

7. Dados pessoais e privacidade nas comunicações eletrónicas
 - Lei 67/98, de 26 de outubro
 - Lei 41/2004, de 18 de agosto (alterada)
 - Artigos 26.º e 35º da CRP (vida privada e utilização da informática) e artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da EU
 - TJUE, acórdãos de 13 de maio de 2014 , proc. C-131/12, proc. Google c AEPD e Mario Costeja Gonzáles (“direito ao esquecimento” na Internet), de 16 de maio de 2014, procs. C-293 & 594/12, *Digital Rights Ireland* (invalidade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações)

8. Jurisdição na Internet: tribunal competente, lei aplicável e meios alternativos
 - Regulamento 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial (revogou e substituiu o Regulamento nº 44/2001 de 22 de dezembro de 2000).
 - Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (artigos 83º/3-a, 111º/1-f/g), e Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março
 - Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais («Roma I»).
 - Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»).
 - TJUE, acórdãos de 7 de dezembro de 2010, proc. C-144/09 e C-585/08, Alpenhof e Pammer (conceito de actividade dirigidas na Internet); proc. apensos C-509/09 e C-161/10, eDate Advertising / Martinez (noção de domicílio ou centro de actividades)

9. Cibercrime (opcional): Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009

4. Na bibliografia portuguesa sobre o direito da informática ver Lourenço Martins e Garcia Marques, *Direito da Informática* (2.ªed., Almedina 2006), José de Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação* (Almedina 2001), Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecno-digital* (Coimbra Editora 2001), Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação* (2.ªed. Almedina, 2003), AA.VV. *Temas de Direito da Informática e da Internet* (Coimbra Editora, 2004), Catarina Sarmiento e Castro,

Direito da informática, privacidade e dados pessoais (Almedina, 2005), Dário Moura Vicente, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação* (Almedina, 2005), AA.VV. *Lei do Comércio Electrónico Anotada* (MJ/GPLP Coimbra Editora, 2005). Na bibliografia estrangeira mais recente, ver por exemplo, Amblard, Philippe, *Régulation de L'Internet. L'élaboration des règles de conduit par le dialogue internormatif* (Bruylant, 2004), Asensio, Pedro Alberto de Miguel, *Derecho privado de internet* (4ª ed. Aranzadi, 2011), Blakeley, Craig K.; Jeffrey H. Matsuura, *Global Information Technology Law* (Thomson Reuters, 2014), Brown, Ian (ed.) *Research handbook on Governance of the Internet* (Edward Elgar, Cheltenham, 2013), Cohen, Julie E., *Copyright in a global information economy* (4. ed. Wolters Kluwer 2015), Cohen, Véronique-Déborah, *Les logiciels libres: cadre juridique et licences associées* (Afnor, 2014), Drahos, Peter, *The Global Governance of Knowledge* (Cambridge University Press, 2010), Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual: un estudio de derecho comparado* (Tecnos 2015), Ghidini, Gustavo, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law* (Edward Elgar, 2010), Kahin, Brian & Charlens Nesson (ed.) *Borders in Cyberspace: Information Policy and the Global Information Infrastructure* (MIT Press, 1997), Kohl, Uta, *Jurisdiction and the Internet. A Study of Regulatory Competence over Online Activity* (Cambridge University Press, 2007). Lipton, Jacqueline D., *Rethinking cyberlaw: a new vision for Internet law* (Cheltenham: Elgar 2015), Lopez-Tarruela, Aurelio (ed.) *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (Springer, 2012), Murray, Andrew, *Information Technology Law. The law and society* (2nd ed., Oxford University Press, 2013), Nimmer, Raymond T., *The law of computer technology: rights, licenses, liabilities* (4th ed. St. Paul: West 2015), Pearson, Siani, George Yee (ed.) *Privacy and Security for Cloud Computing* (Springer, 2013), Rooijen, Ashwin van, *The Software Interface Between Copyright and Competition Law – A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs* (Wolters Kluwer, 2010), Rowland, Diane, Uta Kohl, Andrew Charlesworth, *Information technology law* (4th ed. Routledge, London, 2012), Shaw, Michael J. (ed.) *E-Commerce and the Digital Economy* (Armonk: Sharpe, 2006), Stokes, Simon, *Digital copyright: law and practice* (4th ed. Oxford: Hart 2014), Strowel, Alain, *Quando Google défie le droit. Plaidoyer pour un Internet transparente et de qualité* (De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2011), Tambini, Damian, Danilo Leonardi, Chris Marsden, *Codifying Cyberspace. Communications self-regulation in the age of Internet convergence* (Routledge, London, 2008).

5. Esta coletânea de estudos reúne diversos textos de apoio com fins pedagógicos para os alunos de Direito da Informática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Qualquer utilização fora deste contexto deve ser previamente autorizada pelo Docente. No campo Material de apoio da plataforma Nónio são disponibilizados outros textos e elementos de estudo, nomeadamente uma coletânea da legislação estudada no *Direito da Informática*.

Faculdade de Direito de Coimbra,
25 de março de 2017

DIREITO CIBERESPACIAL: «SOFT LAW» OU «HARD LAW»?*

Introdução. 1. Revolução electrónica e regulação do ciberespaço. 2. A soberania dos tecnólogos no ‘estado de natureza’ do ciberespaço. 3. Falácia do ‘tecnologismo’ e defesa do Estado-de-Direito no ciberespaço. 4. A construção da sociedade da informação como zona de novas soberanias. 5. Interoperabilidade de sistemas jurídicos e lógica de mercado. 6. Concorrência de valores fundamentais no ciberespaço. 7. Crise dos modelos clássicos de regulação. 8. Híbridez do paradigma emergente. Considerações finais.

Introdução

Deve-se a William Gibson a introdução do termo ciberespaço (*Cyberspace*), referindo-o na sua obra *Neuromancer* (1984) como a “alucinação consensual experimentada diariamente por biliões de operadores legítimos em cada nação.” Esta caracterização do ciberespaço era algo futurista na época, já que em 1988 existiam apenas 217 ligações à Internet, para além de que, até 1991, a americana Fundação Nacional para a Ciência proibia a utilização da rede para fins comerciais⁶.

Cerca de duas décadas decorridas após a ‘libertação’ da Internet, o desenvolvimento e a dimensão transnacional das redes electrónicas de comunicação continuam a suscitar a questão de saber qual é o papel do direito na configuração normativa do ciberespaço⁷. Em especial, tendo em conta que ‘a volatilidade da informação e sua universalidade estão muito acima da capacidade de regulação jurídica, por parte dos diversos ordenamentos nacionais, e mesmo por parte daqueles comunitários ou plurinacionais’⁸, o ciberespaço teria tornado obsoletos institutos tradicionais como sejam, nomeadamente, os direitos de autor, a privacidade e a confidencialidade. Pense-se nas novas plataformas de comunicação como o *Facebook* e o *Youtube*, nos serviços online de jogo e aposta, e nos *torrents* que possibilitam a partilha anónima e automática, em massa, de ficheiros com conteúdos protegidos⁹. Mas tenha-se igualmente em mente o *Wikileaks*, mostrando como as possibilidades abertas pelas novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) desafiam inclusivamente a soberania do Estado no que respeita à sua reserva informativa. A máxima parece ser, na verdade, ‘information wants to be free’. Ou, nas palavras de William Mitchell, em *City of Bits* (1995),

* In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Joaquim Gomes Canotilho* (2012: 685-710).

⁶ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 39.

⁷ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2008) *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 4 - (2001) ‘A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)’, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, p. 633 - (1999) *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra.

⁸ MARTINS, Yves Gandra da Silva (1999) ‘Direitos e Deveres no Mundo da Comunicação – Da Comunicação Clássica à Eletrónica’, in *Portugal - Brasil Ano 2000*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 110.

⁹ Para desenvolvimentos sobre esta problemática nos países europeus, com referência às soluções da recente lei francesa Hadopi (‘Création et Internet’) e resenha de jurisprudência na Europa (e.g. casos *ThePirateBay.org* e *Sabam c. Scarlet*), PEREIRA, Alexandre L. Dias (2010) ‘Direitos de autor e acesso à Internet: uma relação tensa’, in *Direito Autoral e Interesse Público*, Anais do IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2010, pp. 98-105.

“Within jurisdictional borders, local laws and customs apply, local power is exerted by some over others, and local police and military forces maintain power by the potential or actual use of evidence. (...) [T]hese lines on the ground mean little in cyberspace.”

Revolução electrónica e regulação do ciberespaço

A revolução electrónica surpreendeu os juristas, em termos de se questionar a sua competência para regular o ciberespaço. O ciberespaço seria mais domínio dos códigos informáticos e dos mecanismos alternativos de resolução de litígios (*soft law*) do que das leis e dos tribunais estaduais (*hard law*).

Numa primeira fase, os modelos da auto-regulação mediante normas técnicas e códigos de conduta surgiram quase espontaneamente. Posteriormente, numa segunda fase, a hetero-regulação afirmou-se através de organizações internacionais (OMPI, UNCITRAL, OCDE) e por via de legislação estadual. Ao ponto de se sustentar que de uma situação originária de aparente vazio jurídico e descontrolo estadual se teria passado rapidamente para um quadro de hiper-regulação e controlo governamental e a um ciberespaço dominado pelos interesses comerciais.¹⁰ Além disso, neste processo parecem surgir novas soberanias *infra* e *supra* estaduais, de que serão exemplo paradigmático a problemática dos nomes de domínio¹¹ e o ‘acervo comunitário’ do direito da sociedade da informação¹², agudizando a exigência de fiabilidade das instâncias que exercem a governação da Internet¹³.

A soberania dos tecnólogos no ‘estado de natureza’ do ciberespaço

Para o movimento tecnocrático, a tecnologia seria suficiente para resolver os problemas emergentes, segundo a máxima “a resposta para a máquina está na máquina”¹⁴, equiparando-se o arsenal tecnológico dos mecanismos de auto-regulação e de resolução extrajudicial de conflitos a “práticas de justiça privada”¹⁵. Por exemplo, no domínio dos direitos de autor foi criado um “código” de direitos de propriedade digital para regular os termos e condições de utilização de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm a informação.¹⁶ De acordo com a linguagem tecnológica da propriedade digital, se alguém tentar utilizar um objecto equipado com um sistema

¹⁰ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 211.

¹¹ WALTER, Christian (2001) ‘Constitutionalizing (inter)national Governance - Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law’, *German Yearbook of International Law*, p. 186 (“The most prominent and probably most often mentioned example of private regulation is the famous ‘Internet Government’ (ICANN)”); VICENTE, Dário Moura (2002), ‘Problemática internacional dos nomes de domínio’, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 43, pp. 147-170.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira (2001), ‘Direito cibernético: a situação em Portugal’, *Direito & Justiça* 2, p. 23.

¹³ WEBER, Rolf H. (2009), *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Zurich, Id. ‘Accountability in the Internet of Things’, *Computer Law & Security Review* 27 (2011) pp. 133-138.

¹⁴ CLARK, Charles (1996) ‘The Answer to the Machine is in the Machine’, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, ed. B. Hugenholtz, p. 139.

¹⁵ POULLET, Yves (2000), ‘Les diverses techniques de réglementation d’Internet: l’autorégulation et le rôle du droit étatique’, *Ubiquité* 5, p. 57.

¹⁶ STEFIK, Mark (1997) ‘Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing’, *Berkeley Technology Law Journal*, p. 137.

seguro sem para o efeito ter obtido autorização ou pago a respectiva remuneração, tal sistema não executará o comando. Nesta ordem de ideias afirmou-se o surgimento da ‘propriedade tecnodigital’¹⁷ e, em termos mais gerais, antecipou-se a substituição dos órgãos democráticos pelos engenheiros informáticos ao nível da definição das regras deste admirável novo mundo tecnológico.¹⁸

Podemos comparar o desenvolvimento caótico da Internet ao Big-bang¹⁹. 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” com livre partilha da informação. Os eventuais problemas seriam resolvidos pelas tecnologias seguras da criptografia. 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 tecnológicos dos informáticos. Aparentemente, existindo, “neste nosso tempo de cibernética, outros instrumentos bem mais eficientes”²⁰ de regulação social, estaria perdida esta “‘luta pela sobrevivência’ do direito”.²¹

Na Internet não existiria Estado com poder normalizador capaz de impor aos seus súbditos as suas leis através dos seus órgãos judiciais e administrativos. Desde logo porque na Internet não existiriam fronteiras territoriais, ninguém seria nacional de país algum nem teria domicílio em lugar algum. Nesta “transbordante megapolis em que a própria Terra se transformou”²², a comunidade ciberespacial estaria fora do espaço pois que “já não há «dentro» nem «fora». (...) O nosso viver despacializou-se”.²³

Ora, sendo o Estado concebido em torno dessa categoria (espaço), não teria lugar no ciberespaço. Em especial, numa “Terra sem confins”²⁴, as fronteiras territoriais que delimitam tradicionalmente a reserva de soberania do Estado de pouco valeriam no ambiente ciberespacial, já que “há muito que as modernas tecnologias deixaram de bater nas barreiras territoriais nacionais.”²⁵

Por outro lado, o tempo cibernético – o chamado “tempo real” da informática que tanto “fez minguar o tempo”²⁶ – seria incompatível com o “tempo judicial” dos órgãos

¹⁷ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2001) *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, Coimbra (STVDIA IVRIDICA 55).

¹⁸ HUGENHOLTZ, P. Bernt (2000) ‘Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain?’ in *Copyright: A Right to Control Access to Works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, p. 84.

¹⁹ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2001) ‘A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)’, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, p. 633.

²⁰ BRONZE, Fernando José (2006) *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 280.

²¹ BRONZE, Fernando José (2006) *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 280.

²² COSTA, José de Faria (2005) ‘Entre Hermes e Creonte: um novo olhar sobre a liberdade de imprensa’, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 138.

²³ COSTA, José de Faria (2003) ‘A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)’, in *Globalização e Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 186.

²⁴ SILVA, João Calvão da (2007) *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, Tomo I, Parte Geral, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 82.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes (2006) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 3ª reimp., Almedina, Coimbra, p. 1350.

²⁶ COSTA, José de Faria (2004) ‘Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)’, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, p. 85.

judiciários do Estado.²⁷ Neste contexto, o arsenal tradicional dos órgãos judiciários estaria completamente ultrapassado, por obsolescência, sendo os Estados incapazes de controlar o tráfego das redes electrónicas de comunicação.

Em suma, a Internet, não obstante ter sido originariamente criada ao serviço do Estado para fins militares (Arpanet), acabaria por se desenvolver de modo algo caótico através de uma rede sem 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.²⁸

A Internet seria a “evidência” do fim do Estado enquanto centro do poder normalizador da comunicação, transportando uma nova linguagem totalmente estranha ao poder estadual e gerando um código comunicacional disseminado por todo o mundo à margem do Estado. 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-moderna²⁹ 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 do movimento tecnocrático e a “alternativa ao direito” postulada por uma “ordem de possibilidade científico-tecnológica”.³⁰

No seu estado originário, o ciberespaço seria uma “no man’s land”, um “sexto continente”, à espera de ser descoberto e conquistado. O “estado de natureza” do ciberespaço é a fase do império tecnocrático, em que os tecnólogos reclamam para si a soberania do ciberespaço sendo famosa a declaração de independência proclamada por John Perry Barlow, *A Declaration of Independence of Cyberspace*³¹. Anunciava-se a *lex informatica* e o primado do programador de códigos informáticos, com a emergência de um ‘Technikrecht’³² ou ‘direito tecnológico’³³.

²⁷ BENABOU, Valérie Laure (2000) ‘Faut-il une harmonisation minimale du droit?’, in *Droit européen comparé d’Internet – Internet European Compared Law*, dir. Chatillon, p. 188 (« Les nouveaux défis de l’Internet démontrent la vanité d’une réponse juridique classique reposant sur le dogme de l’Etat tout-puissant. »).

²⁸ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2001) ‘A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)’, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, pp. 633-5.

²⁹ BOYLE, James (1996) *Shamans, Software & Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, Cambridge Mass/London, p. xv (“If postmodernism has a material base (...) then that reality is the world of electronic media”).

³⁰ BRONZE, Fernando José (2006) *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 575.

³¹ <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

³² BURKERT, Herbert (1995) ‘Informationszugansrechte in Europa’ in *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, Hrsg. Thomas Heymann, Köln, Schmidt, p. 101

³³ ROCHA, Mário Lopes, MACEDO, Manuel (1996) *Direito no Ciberespaço (seguido de um glossário de termos e abreviaturas)*, Lisboa, Cosmos, p. 76.

A revolução electrónica gerou um ambiente de “anarquia em linha”, com pornografia em rede, pirataria de direitos de autor, tráfico de dados pessoais, mercado libertário, comunicação anónima, ou registo abusivo de nomes de domínio. A resposta para estes problemas estaria, na perspectiva dos auto-proclamados soberanos, na própria máquina, na ciber-ética ou «netiqueta»³⁴, nos códigos de conduta, na arbitragem, ou seja, na auto-regulação e auto-composição de interesses. De resto, a auto-regulação, com apoio nas teorias auto-poéticas, foi defendida por alguns.³⁵

Acima de tudo, deveria preservar-se o “estado de natureza” do ciberespaço, qual ‘Jardim do Paraíso’ virtual, independente das Leis e dos Tribunais estaduais, i.e. defender o ciberespaço contra a sua “colonização” pelo discurso jurídico. Quando muito, como sucedeu com os movimentos software livre e de fonte aberta, as leis, nomeadamente no domínio dos direitos de autor, deveriam ser utilizadas para impedir a apropriação dos códigos informáticos, em nome da liberdade de programação informática a valer como liberdade de expressão na comunidade dos informáticos.

Falácia do ‘tecnologismo’ e defesa do Estado-de-Direito no Ciberespaço

Direito e tecnologia não se encontram numa relação de exclusão recíproca³⁶. Todavia, a reacção dos juristas perante o estado de anarquia em linha oscilou entre o “nada de novo debaixo do sol”³⁷ e a afirmação do “estado patético” do legislador e da incapacidade dos tribunais em contraste com a natureza sagrada ou intocável do código tecnológico³⁸, que no seu ventre carregaria o gérmen do panóptico controlador³⁹ e da *dura lex informatica*.⁴⁰

³⁴ ALPA, Guido (1999) ‘Alcune questioni di base’, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 78 (“la *netiquette* costituisce un insieme di norme per il buon uso dei servizi di Rete. Le regole che costituiscono la *netiquette* rispondono, infatti, nella maggior parte dei casi, ad esigenze tecniche.”).

³⁵ WEBER, Rolf H. (2004) ‘Selbstregulierung und Selbstorganisation bei den elektronischen Medien’, *Medialex*, pp. 211-7.

³⁶ SAITO, Hiroshi (1998) ‘Neue Medien und Geistiges Eigentum – Insbesondere Urheberrechte im nahenden Zeitalter’, in *Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts* (Deutsch-japanisches Symposium in Tübingen vom 25. bis 27. Juli 1996), Hrsg. Zentaro Kitagawa, Junichi Murakami, Knut Wolfgang Nörr, Thomas Oppermann, Hiroshi Shiono, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 58 (“Wir sollten Recht und Technologie also nicht getrennt sehen, sondern synthetisch erkennen.”).

³⁷ PERRITT JR., Henry H. (1996) *Law and the Information Superhighway*, Wiley, New York, p. V, 30 (“The core concepts (...) continue to be valid. (...) it is not revolutionary.”).

³⁸ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 221 (“Courts are disabled, legislatures pathetic, and code untouchable. That is our present condition.”).

³⁹ DUFRESNE, Jacques (1999) *Après l’homme... le cyborg?*, Éditions MultiMondes, Québec, p. 144 («Le rêve de Gygès se réalise enfin. Tout voir et ne pas être vu.»); LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, pp. 6, 220 (“Left to itself, cyberspace will become a perfect tool of control.”); PEREIRA, Alexandre L. Dias (2008) ‘Urge um Novo Fôlego Humanista – Uma Civilização Cibernética no Terceiro Milénio?’ *Rua Larga* n° 22, pp. 20-22 (Revista da Reitoria da Universidade de Coimbra)

⁴⁰ HUGENHOLTZ, P. Bernt (2000) ‘Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain?’ in *Copyright: A Right to Control Access to Works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, p. 84 (“From the freedom of the Internet to the dictatorial rule of Lex Informatica there is only a small step. Lex Informatica will rule the Internet with iron logic.”). Sobre a aplicação da informática na decisão judicial, PEREIRA, Alexandre L. Dias (2008) ‘Lex informatica, ius ex machina e justiça artificial’, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, org. Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 817-886 (STVDIA IVRIDICA 90, AD HONOREM – 3).

Esta preocupação de o ciberespaço se tornar num instrumento de controlo e censura vale não apenas para os Estados mas também e cada vez mais para as organizações não governamentais e, em especial, para as empresas transnacionais do sector da informática.⁴¹ Nesse sentido, rejeita-se a auto-regulação do ciberespaço como fonte normativa no mais amplo sentido⁴², embora se reconheça algum valor interpretativo e integrativo às regras da netiqueta, na ausência de regra legal em contrário.⁴³

Com efeito, a alegada neutralidade da tecnologia não passa de uma perigosa falácia⁴⁴, que apenas serve para iludir ou branquear utilizações que dela se pretendam fazer em detrimento de valores comunitários que ao Direito cabe proteger.⁴⁵ Neste sentido, sendo o acesso à informação tecnicamente condicionado⁴⁶, é crescente o apelo no sentido de um direito da informação pública que garanta o acesso à informação e preserve o domínio público.⁴⁷ É por isso forte a reacção contra o movimento tecnocrático, denunciando-se a falácia do ‘tecnologismo’ anárquico⁴⁸.

O problema ilustra-se bem com o fenómeno dos chamados *hackers*. De heróis da revolução informática, os hackers rapidamente passariam a vilões da sociedade da informação, cujas vítimas seriam sobretudo as indústrias do entretenimento⁴⁹, assim mudando o seu papel nas “narrativas do ciberespaço”.⁵⁰ O hacker surge como o

⁴¹ POULLET, Yves (2000) *How to regulate the Internet: new paradigms for Internet Governance – Self-regulation: Value and Limits*, Namur, p. 20 (“We are more afraid of the private censorship than the public one”).

⁴² POULLET, Yves (2000) *How to regulate the Internet: new paradigms for Internet Governance – Self-regulation: Value and Limits*, Namur, p. 20 (“there can be no question of rejecting self-regulation as a normative source in the fullest sense of the term”).

⁴³ ALPA, Guido (1999) ‘Alcune questioni di base’, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 39.

⁴⁴ Todavia, POST, David (2002) ‘Against «Against Cyberanarchy»’, *Berkeley Technology Law Journal*, p. 1365.

⁴⁵ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 220 (“The values of free speech, privacy, due process, and equality define who we are. If there is no government to insist on these values, who will do it?”).

⁴⁶ DELEUZE, Giles (1990) ‘Les sociétés de contrôle’, *L’Autre Journal*, mai 1990, p. 112 («Le langage numérique du contrôle est fait de chiffres, qui marquent l’accès à l’information, ou le rejet.»).

⁴⁷ HUGENHOLTZ, P. Bernt (2000) ‘Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain?’ in *Copyright: A Right to Control Access to Works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, p. 87.

⁴⁸ BURK, Dan L. (1997) ‘Jurisdiction in a World Without Borders’, *Vanderbilt Journal of Law & Technology*, p. 3; GOLDSMITH, Jack (1998) ‘Against Cyberanarchy’, *Chicago Law Review*, p. 1199; REIDENBERG, Joel R. (2004) ‘States and Internet Enforcement’, *Ottawa Law & Technology Journal* 2003/2004, p. 213; (1998) ‘Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology’, *Texas Law Review*, p. 553; O’ROURKE, Maureen (1998) ‘Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World’, *Minnesota Law Review*, p. 610; LESSIG, Lawrence (2000) ‘The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach’, *Harvard Law Review*, p. 501; Id. (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 501; NETANEL, Neil W. (2000) ‘Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory’ *California Law Review*, p. 395; PEREIRA, Alexandre L. Dias (2001) ‘A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)’, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, p. 633.

⁴⁹ HALBERT, Debora J. (1999) *Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights*, Quorum Books, Westport/Connecticut/London, p. 87 (“Turning billion-dollar industries into victims is perhaps the most remarkable aspect of the intellectual property narrative.”).

⁵⁰ MADISON, Michael (2004) ‘The Narratives of Cyberspace Law (or, Learning from Casablanca)’, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, pp. 249-276.

“pretexto” legitimador da instituição da “sociedade de controlo” de que fala Gilles Deleuze⁵¹, ou do panóptico electrónico global⁵².

Defender a necessidade de intervenção do Direito através dos seus dispositivos legislativos e judiciais (*hard law*) não significa negar a importância dos códigos de conduta, das normas técnicas, dos contratos, da *lex mercatoria* e, de um modo geral, dos esquemas de auto-regulação (*soft law*). Todavia, isto não significa excluir que o direito estadual possa intervir de modo impositivo, no sentido de estabelecer padrões de regulação que promovam um determinado projecto comunitário inscrito na Lei Fundamental, tendo em conta o seu “carácter de *tarifa e projecto*”.⁵³

Ora, também o ciberespaço será o resultado das escolhas que a comunidade fizer, não existindo nenhum determinismo tecnológico que imponha um ou outro modelo de ciberespaço.⁵⁴ Entre essas escolhas deverá afirmar-se, desde logo, o ciberespaço como bem público⁵⁵ e a defesa do Estado-de-Direito (*rule of law*) no ciberespaço.⁵⁶ No fundo, o direito ciberespacial não é o direito para a máquina, mas antes o direito para as pessoas, reflectindo o que quiserem ser e a comunidade que quiserem ter.⁵⁷

Nos modernos estados constitucionais, a sede primeira do interesse público é a Lei constitucional. Nela se inscrevem as coordenadas fundamentais do projecto comunitário e por conseguinte os valores que sustentam o interesse público.

Apesar de o ciberespaço não constar do léxico constitucional, tal não significa que possa regular-se de modo inconstitucional nem a-constitucional. A constitucionalização

⁵¹ DELEUZE, Gilles (1990) ‘Les sociétés de contrôle’, *L’Autre Journal*, mai 1990, p. 111.

⁵² BENIGER, James (1986) *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, Cambridge Mass., Harvard University Press; GANDY, Oscar (1993) *The Panopticon Sort: A Political Economy of Personal Information*, Westview Press, Boulder Co.; MITCHELL, William J. (1995) *City of Bits: Space, Place, and the Infobahn*, Cambridge Mass., MIT Press; NEGROPONTE, Nicholas (1995) *Being Digital*, Alfred Knopf, New York; STEFIK, Mark (ed.) (1996) *Internet Dreams: Archetypes, Myths, and Metaphors*, MIT Press, Cambridge Mass.; BOYLE, James (1996) *Shamans, Software & Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, Cambridge Mass/London; GODWIN, Mike (1998) *CyberRights: Defending Free Speech in the Digital Age*, Times Books, New York; BRIN, David (1998) *The Transparent Society: Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?*, Cambridge Mass, Perseus Books; SHAPIRO, Andrew (1999) *The Control Revolution*, Public Affairs, New York.

⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes (2006) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 3ª reimp., Almedina, Coimbra, p. 1339.

⁵⁴ LAMOULINE, C. / POULLET, Yves (1997) *Des autoroutes autoroutes de l’information à la «démocratie électronique» - De l’impact des technologies de l’information et de la communication sur nos libertés*, Rapport présenté au Conseil de l’Europe, Bruylant, Bruxelles, p. 112; LESSIG, Lawrence (2001) *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. Ernesto Alberola, Santillana de Ediciones, Madrid, p. 390 (“Se debe... crear una respuesta, no encontrarla; se deve fabricar, no descubrir; decidir, no repetir.”).

⁵⁵ SPAR, Debora L. (1999) ‘The Public Face of Cyberspace’, in *Global Public Goods – International Cooperation in the 21st Century*, ed. Inge Kaul, Isabelle Grunberg, Marc A. Stern, Oxford University Press, New York/Oxford, pp. 344-9, 359.

⁵⁶ HOLLAND, H. Brian (2005) ‘The Failure of the Rule of Law in Cyberspace?: Reorienting the Normative Debate on Borders and Territorial Sovereignty’, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 1, p. 32 (“it is the value of the rule of law that should inform our choices of what the network should be.”).

⁵⁷ DWORKIN, Ronald (1992) *El Imperio de la Justicia (De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica)*, trad. Cláudia Ferrari (do orig. *Law’s Empire*, 1986), Gedisa Editorial, Barcelona, p. 290.

do ciberespaço é não apenas uma possibilidade mas desde logo uma necessidade.⁵⁸ “Perante o pluralismo neocorporativo de criação do direito é ainda a constituição que diz os limites”.⁵⁹

Para além desta dimensão negativa, a constituição terá também uma dimensão positiva no ciberespaço, ao definir coordenadas básicas da configuração do sistema jurídico, em termos programáticos, segundo o projecto social que a anima. O catálogo de direitos fundamentais constituirá justamente a “opção de fundo” dessa ordem normativa⁶⁰.

Assim, a questão que se coloca é sujeitar os códigos informáticos ao escrutínio da sua conformidade constitucional, quer para apurar eventuais desconformidades, quer para aferir omissões de imposição exigidas pelo projecto comunitário. No fundo, é necessário perguntar pelos feitores do código e pelos valores que nele se consagram.⁶¹

Além disso, é necessário questionar, de igual modo, se a regulação do ciberespaço operada por via do direito estadual colhe sentido no quadro de valores que informam o projecto constitucional vigente, ou, pelo contrário, se estará a gerar uma ordem jurídica paralela, não necessariamente inconstitucional, mas pelo menos, no plano formal, aconstitucional. Está em causa, em suma, perguntar pela, e afirmar a, *rule of law* no ciberespaço.⁶²

A construção da sociedade da informação como zona de novas soberanias

No espaço europeu a sociedade da informação parece afirmar-se como uma zona de soberania da União Europeia. Com efeito, de modo progressivo, a UE não apenas uniformiza as regras mas sobretudo reserva-se o direito de intervir logo que constatare que uma lei nacional ou um projecto de lei ameaça, com a sua aplicação, criar um obstáculo à criação de um mercado único europeu dos serviços da sociedade da informação⁶³. Numa palavra, ‘a situação é agravada pela tendência de tornar a disciplina

⁵⁸ ROßNAGEL, Alexander / WEDDE, Peter / HAMMER, Volker / PORDESCH, Ulrich (1990) *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Information- und Kommunikationstechnik*, Westdeutscher Verlag, Oplade, p. 282 (“Verfassungsverträgliche Technikgestaltung ist nötig und möglich.”).

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes (2006) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 3ª reimp., Almedina, Coimbra, p. 1153.

⁶⁰ ALEXY, Robert (1993) *Teoria de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés (do orig. *Theorie der Grundrechte*, 1986), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 505 (“Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad”).

⁶¹ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, p. 207 (“If code is law, who are the lawmakers? What values are being embedded into the Code?”).

⁶² HOLLAND, H. Brian (2005) ‘The Failure of the Rule of Law in Cyberspace?: Reorienting the Normative Debate on Borders and Territorial Sovereignty’, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 1, p. 32 (“If we cannot know what response our actions will bring – if the law of cyberspace consists of multiple sovereign systems with competing claims of authority, if on the whole the law of that overarching regime is inconsistent and often contradictory, if this exposes the perceived threat of arbitrary power – then we risk incapacity within the online environment.”)

⁶³ POULLET, Yves (2002) ‘Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l’Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l’approche réglementaire européenne du cyberspace’, in *Le droit international de l’Internet*, dir. Chatillon, p. 151.

da informática e da sociedade da informação competência comunitária, que permita à Comunidade falar internacionalmente substituindo-se aos Estados-membros⁶⁴.

O ciberespaço 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, em nome da qual o direito comunitário tem alargado, algo *praeter legem*, a sua competência.⁶⁵ “Procura-se tornar tudo competência comunitária” no domínio do direito cibernético.⁶⁶ De todo o modo, a intervenção do direito europeu parece quase inevitável uma vez que os serviços da sociedade da informação podem naturalmente transcender as fronteiras de cada Estado-membro afectando, desse modo, o correcto funcionamento do mercado interno.⁶⁷

Em suma, na União Europeia, o legislador comunitário surge como o arquitecto principal da sociedade da informação, ao estabelecer definições básicas da configuração do sistema normativo do ciberespaço.

Interoperabilidade de sistemas jurídicos e lógica de mercado

Por outro lado, o carácter transfronteiriço das comunicações electrónicas em rede tem suscitado a questão da necessidade de uma harmonização jurídica global, i.e. um “*nomos* mundial. Para um espaço sem território. Para um tempo sem tempo.”⁶⁸ Os modos clássicos de regulação, nomeadamente do direito nacional, seriam dificilmente prestáveis no ambiente sem fronteiras do ciberespaço.⁶⁹

Sustenta-se, por isso, a criação de um mínimo normativo comum que garanta, numa terminologia tributária da informática, a interoperabilidade dos sistemas jurídicos, i.e. sistemas jurídicos interoperáveis.⁷⁰ Defende-se, a este propósito, que os Estados-nação

⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira (2003) ‘Sociedade da informação e mundo globalizado’, in *Globalização e Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 178.

⁶⁵ ROßNAGEL, Alexander / WEDDE, Peter / HAMMER, Volker / PORDESCH, Ulrich (1990) *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Information- und Kommunikationstechnik*, Westdeutscher Verlag, Oplade, p. 281 (“Der Europäischen Gemeinschaft wurden zwar wichtige Kompetenzen abgetreten und sie bestimmt durch Normungsaktivitäten und wirtschaftspolitische Vorgaben stark künftige Anwendungsformen der IuK-Technik.”).

⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira (2001) ‘Direito cibernético: a situação em Portugal’, *Direito & Justiça* 2, p. 23.

⁶⁷ VICENTE, Dário Moura (2005) *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação - Relatório*, Almedina, Coimbra, p. 121.

⁶⁸ COSTA, José de Faria (2004) ‘Em redor do *nomos* (ou a procura de um novo *nomos* para o nosso tempo)’, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, p. 88.

⁶⁹ LAMOULINE, C. / POULLET, Yves (1997) *Des autoroutes autoroutes de l’information à la «démocratie électronique» - De l’impact des technologies de l’information et de la communication sur nos libertés*, Rapport présenté au Conseil de l’Europe, Bruylant, Bruxelles, p. 120 («on s’interroge à bon droit sur l’efficacité pratique des modes classiques de réglementation au moment où l’information ne connaît pas de frontières.»); TRUDEL, Pierre (2002) ‘L’influence d’Internet sur la production du droit’, in *Le droit international de l’Internet*, dir. Chatillon, p. 93 («Le droit national se révèle souvent incapable à lui seul d’encadrer convenablement les activités se déroulant dans le cyberspace.»).

⁷⁰ SIRINELLI, Pierre (1998) ‘L’adéquation entre le village virtuel et la création normative – remise en cause du rôle de l’État?’, in *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, ed. Boele-Woelki /Kessedjian, p. 20; BENABOU, Valérie Laure (2000) ‘Faut-il une harmonisation minimale du droit?’, in *Droit européen comparé d’Internet – Internet European Compared Law*, dir. Chatillon, p. 188.

devem abdicar de parte da sua soberania em proveito do desenvolvimento da Internet, para desse modo poderem tirar pleno partido dos seus benefícios.⁷¹

Para além do estabelecimento de padrões normativos básicos que permitam a interoperabilidade entre sistemas jurídicos, a criação de um direito mundial da Internet impediria também a concorrência entre sistemas jurídicos⁷², numa lógica de *forum shopping* conducente, em última análise, ao nivelamento por baixo dos padrões jurídicos, nos termos de uma “race to the bottom”.⁷³ Tal resultado seria, aliás, no cenário do mercado global potenciado pelo comércio electrónico, justificado pelo princípio da concorrência perfeita no mercado livre, que se traduz na eliminação ou máxima redução possível de custos de transacção⁷⁴. Juntamente com outros factores da concorrência perfeita, como a plena informação e a ausência de externalidades, a criação de um mercado global electrónico apontaria no sentido da tendencial eliminação de obstáculos jurídicos à livre circulação de bens e prestação de serviços⁷⁵.

Nesta ordem de ideias, em vez de regulador, o direito surgiria como regulado⁷⁶, projectando-se a lógica mercantil num direito mundial da Internet destinado a impedir o falseamento do mercado livre e a acudir às chamadas falhas de mercado. A pretensão de regular o mercado electrónico global mediante leis codificadas dos Estados, no sentido de lhe imprimir determinadas características, teria efeitos muito limitados: ‘a vocação ultraterritorial da nova economia ultrapassa claramente os quadros dos direitos territoriais codificados, os confins naturais dos códigos (...) anunciando a república mercantil universal (Adam Smith).’⁷⁷

Concorrência de valores fundamentais no ciberespaço

Não obstante, temos reservas quer no que respeita a uma regulação global do ciberespaço como relativamente a uma regulação do ciberespaço que seja exclusivamente conduzida por uma lógica de mercado.

Por um lado, embora concordemos com a justificação de padrões mínimos internacionais que permitam a interoperabilidade dos sistemas jurídicos no ciberespaço,

⁷¹ BURNSTEIN, Matthew (1998) *A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment*, in Boele-Woelki/Kessedjian (ed.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, p. 34 (“Nations must be willing to relinquish some measure of sovereignty in exchange for the benefits of the Internet, and, ultimately, nations should not allow national laws and local regulations to obstruct the thriving global Internet.”).

⁷² MADURO, Miguel Poiares (1998) *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, UAL, Lisboa, pp. 131-43.

⁷³ BOEHME-NEßLER, Volker (2001) *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*, Beck, München, p. 98.

⁷⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda (2003) *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, p. 134 (apontando que o “risco real é o de subordinar os direitos humanos aos princípios e regras do mercado”).

⁷⁵ CHISSICK, M. / KELMAN, A. (2002) *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, p. 4 (“everything that keeps markets from working according to the textbook model of perfect competition, disappears.”).

⁷⁶ MADURO, Miguel Poiares (1998) *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, UAL, Lisboa, p. 211 (“Já não é o Direito que regula o mercado mas o mercado que regula o Direito”).

⁷⁷ MARQUES, Mário Reis (2006) *Considerações sobre a vigência do Código Civil*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II. *A parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, p. 91.

temos dúvidas de que esses padrões possam (ou devam) ir além de uma harmonização minimal. De resto, um sistema de regulação global é considerado uma “fantasia” por não atender ao facto de os *netizens* serem cidadãos localizados num determinado espaço com a sua própria cultura e tradição jurídica.⁷⁸

Por outro lado, no que toca a uma regulação conduzida apenas pela lógica mercantil, importa considerar que uma das ferramentas principais desta lógica é a propriedade. No domínio do ciberespaço é particularmente importante a chamada propriedade intelectual, nomeadamente no seu ramo de direitos de autor e conexos. O princípio da transparência do mercado postula a livre circulação de informação tecnológica, mas parece suceder precisamente o contrário por via da crescente atribuição de direitos exclusivos.⁷⁹ E convém atender a alguns números. Em 2000, nos EUA, uma única empresa controlava mais de 90% do mercado do software standard dos computadores pessoais e cinco empresas controlavam 85% da distribuição musical de música.⁸⁰ Talvez por isso e pela constante pressão de grupos de interesses no sentido do reforço legal da protecção dos direitos de autor se afirme que, nos EUA, os direitos de autor estão ‘fora de controlo’⁸¹.

A globalização dos mercados é acompanhada pela mundialização da propriedade intelectual, em termos de criação de ‘direitos novos’ e ampliação dos ‘direitos anteriores’⁸². Em especial, o Acordo ADPIC teria instituído um sistema ‘imperialista’⁸³ e ‘colonizador’⁸⁴ de privilégios comerciais sobre informação tecnológica.

Em reacção à ‘omnipotência’ da propriedade intelectual⁸⁵ afirma-se a urgência de preservar certos valores essenciais, desde logo a própria ‘liberdade intelectual’⁸⁶, ainda

⁷⁸ POULLET, Yves (2000) *How to regulate the Internet: new paradigms for Internet Governance – Self-regulation: Value and Limits*, Namur, p. 21; COHEN, Julie E. (2007) ‘Cyberespace as/and Space’, *Columbia Law Review*, p. 210 s (“Theories of cyberspace as space fail... because they lack appreciation of the many and varied ways in which cyberspace is connected to real space and alters the experience of people and communities whose lives and concerns are inextricably rooted in real space.” - 225).

⁷⁹ GONÇALVES, Maria Eduarda (2006) ‘Entre as lógicas do mercado e da sociedade de informação: tendências da propriedade intelectual na União Europeia’, *Estudos de Homenagem ao Professor António de Sousa Franco*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 59-85; Id. (2003) *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 40.

⁸⁰ LESSIG, Lawrence (2003) ‘The Internet under Siege’, *JAVI – Juridische aspecten van internet* n.º 3, p. 80.

⁸¹ HALBERT, Debora J. (1999) *Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights*, Quorum Books, Westport/Connecticut/London, p. 157 (“Copyright is out of control in the United States”).

⁸² GÓMEZ SEGADE, José António (2000) ‘A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor’, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 22.

⁸³ LUCAS, André (2001) ‘Informatique et droits des obligations’, in LUCAS, André / DEVEZE, Jean / FRAYSSINET, Jean, *Droit de l’informatique et de l’Internet*, PUF, Paris, p. 272.

⁸⁴ MARQUES, João Paulo F. Remédio (2003) ‘Propriedade Intelectual e Interesse Público’, *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 339.

⁸⁵ CORNISH, William R. (2006) *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Oxford University Press, Oxford.

⁸⁶ BORGES, Maria Manuel Marques (1999) ‘A esfera e a pirâmide: os (des)lugares da informação’, *Revista de História das Ideias* (FLUC), p. 517.

que sem ‘total gratuidade’⁸⁷, ou seja, enquanto ‘liberdade remunerada’⁸⁸. Além disso, os movimentos *Free Software*, *Open Source* e *Creative Commons*⁸⁹ parecem encontrar na teoria de Locke, de que o trabalho criativo representa um título legítimo de apropriação dos bens gerados, justificação para substituir a propriedade privada pelo domínio público. Segundo Kenneth Minogue (*The Concept of Property and Its Contemporary Significance*, 1980),

“Locke levantou um problema de distribuição da propriedade que é praticamente insolúvel. (...) A maior parte do trabalho sobre frutos da natureza é cooperativo; e quanto mais uma economia se torna complexa, tanto mais difícil se torna discernir a contribuição relativa de diferentes tipos de trabalho e perícia na produção de um produto particular. Para além das operações do mercado, a avaliação relativa de *inputs* e *outputs* é tão complexa [que] somos levados inexoravelmente para uma visão da comunidade como uma única unidade produtiva, e do governo como o beneficiário inicial de toda esta produção, que é encarregado da difícil tarefa de proceder à sua distribuição de um modo justo.”⁹⁰

O poderio global de certas empresas no sector da informática, exercido através dos direitos de autor e afins, tem suscitado reacções a diversos níveis. Afirma-se que o “oligopólio está definitivamente implantado”⁹¹, e pugna-se pela liberdade de programação informática, com base numa ideia de software como “discurso”⁹², no sentido de o sujeitar às exigências constitucionais da liberdade de expressão.

Com efeito, o software livre - ou ao menos o software de fonte aberta - surge cada vez mais como uma exigência constitucional de transparência na sociedade da informação⁹³, tendo em conta a “faculdade do *software* de moldar ou de flexibilizar a arquitetura de utilização do ciberespaço”⁹⁴. Na verdade, ‘a vasta problemática da propriedade

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira (2005) ‘Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?’ in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, 2005, p. 794.

⁸⁸ ROMANO, Rosária (2006) ‘Die Umsetzung der Richtlinie über des Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in Italien – Die unterschiedlichen Schutzmechanismen und das Wettbewerbsrecht’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, p. 557 (“zahlenden Freiheit (*liberta pagante*)”).

⁸⁹ LESSIG, Lawrence (2003) ‘The Creative Commons’, *Florida Law Review*, p. 763 s; DREIER, Thomas (2005) *Creative Commons, Science Commons – Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht*, in *Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts*, Festschrift Schrickler, München, p. 283.

⁹⁰ WEINREB, Lloyd L. (1998) ‘Copyright for Functional Expression’, *Harvard Law Review*, p. 1227, n. 325. Ver porém SMITH, Henry E. (2007) ‘Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information’, *The Yale Law Journal* 116, p. 1742.

⁹¹ ASCENSÃO, José Oliveira de (2006), ‘Propriedade Intelectual e Internet’, *Direito da Sociedade da Informação*, VI, Coimbra Editora, Coimbra, p. 160.

⁹² FITZGERALD, Brian (2000) ‘Software as Discourse: The Challenge for Information Law’, *European Intellectual Property Review*, pp. 47-55.

⁹³ LESSIG, Lawrence (1999) *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, pp. 224-5.

⁹⁴ WACHOWICZ, Marcos (2005) *Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação*, Juruá, Curitiba, p. 171.

intelectual' é apontada como "uma das mais importantes para assegurar a viabilidade do meio de comunicação" da Internet⁹⁵.

Ora, a criação de um direito mundial na Internet no domínio dos direitos de autor conduziria certamente à 'deturpação ou mesmo abolição do princípio da territorialidade dos direitos intelectuais'⁹⁶, em detrimento dos Estados mais vulneráveis, que ficariam subordinados ao "imperialismo" de uma propriedade global⁹⁷ e impedidos de moldar a propriedade intelectual ao seu interesse público nacional. Mesmo na Europa é crescente o movimento que defende a intervenção do direito estadual no sentido de preservar os recursos informativos do domínio público contra a sua apropriação privada⁹⁸. Destaque merece igualmente a jurisprudência da União Europeia no sentido de sujeitar o exercício dos direitos de propriedade intelectual sobre informação, designadamente software, às exigências do direito da concorrência, em particular no que respeita à proibição do abuso de posição dominante.⁹⁹

De resto, o reforço da protecção da propriedade intelectual, que se entende ser um instrumento fundamental do mercado electrónico, contrasta com a posição americana em matéria de protecção de dados pessoais e da privacidade, marcada pela auto-regulação, considerando-se que não estabelece um 'sistema normativo suficientemente desenvolvido'¹⁰⁰. Ora, no domínio da privacidade, é legítimo supor que a lógica mercantil não fornecerá respostas adequadas para a protecção dos valores em causa. Por isso se diz que a protecção dos dados pessoais na Internet é, cada vez mais, uma tarefa de Sísifo e que a privacidade está condenada a ser um valor ultrapassado¹⁰¹. Neste domínio, a abordagem europeia estabelece um quadro complexo de hetero-regulação, destinado a impedir que a Internet se transforme numa 'teia de aranha liberticida'¹⁰². A intervenção do direito estadual é justificada em nome da protecção do interesse público e de liberdades pessoais que se querem preservar, estabelecendo custos de transacção legítimos à liberdade de circulação de informação¹⁰³. De resto, poderá até defender-se

⁹⁵ MACHADO, Jónatas (2002), *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 1109.

⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira (2001) 'Direito cibernético: a situação em Portugal', *Direito & Justiça* 2, p. 24.

⁹⁷ LUCAS, André (2001) 'Informatique et droits des obligations', in LUCAS, André / DEVEZE, Jean / FRAYSSINET, Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, Paris, p. 272 («l'impérialisme le plus complet des droits réels»).

⁹⁸ HUGENHOLTZ, P. Bernt (2000) 'Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain?' in *Copyright: A Right to Control Access to Works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, p. 87.

⁹⁹ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2009) 'Inovação tecnológica, propriedade intelectual e defesa da concorrência no mercado do software', *Boletim da Faculdade de Direito* 85, pp. 237-259.

¹⁰⁰ FRAYSSINET, Jean (2002) 'La protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet?' *Le droit international de l'Internet*, cit., p. 443.

¹⁰¹ BOEHME-NEßLER, Volker (2001) *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*, Beck, München, 2001, p. 285 ("Sysiphus-Aufgabe"); CHISSICK, M. / KELMAN, A. (2002) *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, p. 18 ("Privacy may not yet be dead but it appears to be fatally wounded.").

¹⁰² FRAYSSINET, Jean (2002) 'La protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet?', *Le droit international de l'Internet*, p. 443 ("toile d'araignée liberticide").

¹⁰³ LOPES, J. de Seabra (2002) 'A protecção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação: tendências e desafios numa sociedade em transição', in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 779 s.

que, ‘economicamente, as regras do mercado são inconsistentes com a era da informação, pois impedem a produção e distribuição do saber e da informação.’¹⁰⁴

Crise dos modelos clássicos de regulação

As considerações precedentes poderão mostrar a insuficiência do modelo tradicional, de matriz positivista, para compreender o fenómeno da regulação do ciberespaço, em especial no que respeita às fontes do direito¹⁰⁵.

Com efeito, o ciberespaço, enquanto sistema descentrado¹⁰⁶ que funciona em rede, questiona o modelo tradicional da pirâmide normativa ao nível da criação do direito. Enquanto o sistema jurídico tradicional, ao menos ao nível da produção estadual de normas, seria marcado pelas notas da hierarquia e da linearidade, ao invés, os meios electrónicos permitem a escrita e a leitura de modo não linear, faltando ao hipertexto organização e uma hierarquia pré-definidas¹⁰⁷.

Ora, o impacto do ciberespaço no direito traduzir-se-ia no abandono do modelo normativo hierárquico e linear, em favor de uma “produção normativa multi-polar”¹⁰⁸, de elaboração de normas em rede, de forma não linear¹⁰⁹. Numa palavra, com o ciberespaço o sistema jurídico não seria mais ‘um *universum* mas sim e definitivamente um *multiversum*’¹¹⁰, marcado pela ‘interlegalidade’¹¹¹.

Mas significará isto a impossibilidade de qualquer intervenção impositiva do direito estadual ao nível do direito ciberespacial? Há, sem dúvida, uma componente internacional muito forte na regulação do ciberespaço e que este, aliás, propicia, em termos de ‘hibridação’¹¹² de sistemas jurídicos, senão mesmo de emergência de um “esperanto cibernético”, uma vez que “as questões são discutidas como se o Direito fosse todo um, e argumenta-se à luz de casos estrangeiros que são repetidos de autor para autor”¹¹³.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda (2005) ‘Inovação, Poder e Desenvolvimento’, *Congresso da Cidadania*, Separata, Açores, p. 15.

¹⁰⁵ FINOCCHIARO, Giusella (2002) ‘Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet’, in *Il contratto telematico*, a cura di Vincenzo Ricciuto / Nadia Zorzi, dir. Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. XXVII, Cedam, Pádova, pp. 53-4 («gli strumenti di riflessione che fornisce la teoria delle fonti di matrice positivista appaiono inadeguati a misurare il diritto della globalizzazione.»).

¹⁰⁶ KATSCH, Ethan (1995) *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York/Oxford, p. 243 (“network communication is a ‘centerless’ system”).

¹⁰⁷ PASCUZZI, Giovanni (2000) ‘The law between books and bits (Italie)’, in *Droit européen comparé d’Internet – Internet European Compared Law*, dir. Chatillon, pp. 251-8.

¹⁰⁸ BENABOU, Valérie Laure (2000) ‘Faut-il une harmonisation minimale du droit?’, in *Droit européen comparé d’Internet – Internet European Compared Law*, dir. Chatillon, p. 186.

¹⁰⁹ TRUDEL, Pierre (2002) ‘L’influence d’Internet sur la production du droit’, *Le droit international de l’Internet*, p. 93 («Les normes s’élaborent en reseau.»).

¹¹⁰ COSTA, José de Faria (1992) *O Perigo em Direito Penal - Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra Editora, Coimbra p. 15.

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (2002) *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalisation, and Emancipation*, 2nd ed., Butterworths, London, p. 437.

¹¹² DELMAS, Richard (2002) ‘Internet, une gouvernance imparfaite’, *Le droit international de l’Internet*, p. 284.

¹¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira (2001) ‘Direito cibernético: a situação em Portugal’, *Direito & Justiça* 2, p. 25.

Além disso, podemos até concordar que a fisionomia do direito ciberespacial será marcada, em certa medida, pelas notas da ‘desterritorialização’, da ‘desestatualização’, e da ‘desmaterialização’¹¹⁴, e temos poucas dúvidas de que o monopólio da palavra escrita (a preto e branco) no discurso jurídico cederá terreno à imagem e ao gráfico, no sentido de que o direito se adaptará a um ‘modelo mais visual’¹¹⁵.

Todavia, isto não nos impede de propugnar a intervenção impositiva do direito estadual na regulação do ciberespaço, de acordo com as suas coordenadas constitucionalmente estruturantes. Aliás, um sistema jurídico menos hierárquico e linear e mais multi-dimensional, figurativo e em rede não será propriamente um dado novo, nem sequer específico do impacto do ciberespaço no direito, quando se dispuser, como nós, de uma compreensão contemporânea do direito quanto ao seu sentido e funções, fontes, sistema e metodologia.¹¹⁶

De resto, na teoria constitucional há muito que se aponta o ‘pluralismo de ordenamentos superiores’, ‘as ordens fundamentais parciais’ e o ‘direito reflexivo’ como elementos de falsificação do modelo da lógica da pirâmide geométrica, em cujo vértice estaria a Constituição, embora se ressalve que “a constituição pode e deve erguer-se como ordem e norma de uma *esfera de justiça* indiscutível dentro da comunidade jurídica portuguesa.”¹¹⁷

De todo o modo, o que está em causa é defender que a liberdade contratual, as normas técnicas, a *lex informatica mercatoria*, e os modelos alternativos de regulação do ciberespaço (*soft law*) não esgotam toda a problemática da regulação do ciberespaço, no sentido de que não servem totalmente de *Ersatz* à intervenção do direito estadual. Os mecanismos reguladores alternativos podem tornar as leis estaduais mais eficazes, mas não podem substituí-las¹¹⁸. Um exemplo ilustrará bem a importância do papel da intervenção estadual. O crescimento exponencial da Internet nos EUA só foi possível porque, aquando do desmantelamento da AT&T, o governo norte-americano impôs a

¹¹⁴ PASCUZZI, Giovanni (2000) ‘The law between books and bits (Italie)’, *Droit européen comparé d’Internet – Internet European Compared Law*, p. 251.

¹¹⁵ KATSCH, Ethan (1995) *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York/Oxford, p. 152 (“law will begin to adapt to a more ‘visual model of law’”).

¹¹⁶ NEVES, António Castanheira (1993) *Metodologia Jurídica - Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra; BRONZE, Fernando José (2006) *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2006) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 3ª reimp., Almedina, Coimbra, pp. 1152-3.

¹¹⁸ SIRINELLI, Pierre (1998) ‘L’adéquation entre le village virtuel et la création normative – remise en cause du rôle de l’État?’, *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, p. 18; FINOCCHIARO, Giusella (2002) ‘Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet’, in *Il contratto telematico*, p. 15; Fauvarque-Cosson, Bénédicte (2002) ‘Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux’, *Le droit international de l’Internet*, p. 63 («Lex electronica et cyberjurisdictions ne sauraient complètement se substituer aux lois et juridictions étatiques.»); POULLET, Yves (2002) ‘Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l’Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l’approche réglementaire européenne du cyberspace’, *Le droit international de l’Internet*, pp. 170-1 («Si la réglementation technique et l’autorégulation sont promues, c’est en tout cas, dans le cadre des règles légales et sous contrôle – le mot est peut-être trop fort – des autorités publiques. (...) L’autorégulation, loin d’être un substitut à la réglementation, apparaît plutôt comme son complément, offrant une réelle valeur ajoutée.»); para desenvolvimentos, PASCUZZI, Giovanni (2006), *Il diritto dell’era digitale: tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna.

obrigação de fornecer acesso a todos os prestadores de serviços de telecomunicações, sem discriminação, com base na doutrina das infra-estruturas essenciais (*essential facilities*) do direito da concorrência¹¹⁹.

Este exemplo ajuda a compreender que talvez ainda hoje o ciberespaço não passasse de uma miragem se não tivesse existido uma medida reguladora ‘top-down’, através de uma intervenção impositiva de direito estadual. Ter deixado os mercados conexos ou derivados nas mãos apenas dos operadores de redes e serviços de telecomunicações segundo um modelo “bottom-up” poderia muito bem ter significado a condenação do ciberespaço ao reino da fantasia. Em sentido semelhante veja-se também a jurisprudência dos tribunais da União Europeia sobre abuso de posição dominante em situações de recusa de licenciamento de informação protegida por direitos de propriedade intelectual, com especial relevo para a informação necessária à interoperabilidade entre programas de computador (software).¹²⁰

Hibridez do paradigma emergente

É generalizado, por conseguinte, o apelo a um modelo híbrido ou misto de regulação, que combine a liberdade dos agentes mercantis na prossecução dos seus interesses privados e a legítima intervenção impositiva do direito estadual em prol do bem comum.¹²¹ Por exemplo, no domínio do controlo dos conteúdos que circulam na rede, defende-se uma maior cooperação entre as autoridades públicas e os provedores de Internet, sem que a estes se imponha uma obrigação geral de vigilância desses conteúdos, que poderia remetê-los ao estatuto funcional de censores privados no ciberespaço.¹²²

Note-se, todavia, que um modelo híbrido de regulação – à semelhança, aliás, da anunciada República Electrónica como híbrido político¹²³ e da alegada situação da governação internacional¹²⁴ - não significa uma delimitação de competências entre a auto-regulação e a hetero-regulação, como se de dois sistemas paralelos se tratasse, funcionando em co-regulação. A norma técnica, o código de conduta, a prática mercantil, o contrato ou o meio alternativo de resolução de litígios ficarão sempre, em última análise, sujeitos ao escrutínio da sua conformidade com o interesse público,

¹¹⁹ LESSIG, Lawrence (2003) ‘The Internet under Siege’, JAVI – Juridische aspecten van internet 3, p. 82.

¹²⁰ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2011) ‘Software Interoperability, Intellectual Property and Competition Law - Compulsory Licenses for Abuse of Market Dominance’, *Computer Law & Security Review* 27, pp. 175-179.

¹²¹ DELMAS, Richard (2002) ‘Internet, une gouvernance imparfaite’, *Le droit international de l’Internet*, p. 284.

¹²² CASEY, Timothy D. / MEGANAU, Jeff (2002) ‘A Hybrid Model of Self-Regulation and Governmental Regulation of Electronic Commerce’, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 19, pp. 1-36.

¹²³ GROSSMAN, Lawrence K. (1995) *The Electronic Republic*, Penguin Books, New York, p. 4 (“The emerging electronic republic will be a political hybrid”).

¹²⁴ WALTER, Christian (2001) ‘Constitutionalizing (inter)national Governance - Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law’, *German Yearbook of International Law*, p. 201 (“(Inter)national governance remains ‘hybrid governance’ (Engel)”).

desde logo no que respeita à sua configuração de acordo com as coordenadas constitucionais internacionalmente válidas.¹²⁵

Trata-se, por conseguinte, de defender a preservação e promoção do interesse público no ciberespaço, tomando como pólos da relação os direitos de autor e a liberdade de informação, tendo em conta o valor da informação¹²⁶ e o ciberespaço como um ‘*facto civilizacional*’, que tanto pode ser o expoente da ‘transparência’ como o guardião da ‘opacidade mais profunda’¹²⁷.

Numa palavra, não somos apenas contra um ciberespaço dominado pelos tecnólogos e pelos interesses comerciais. Pelo contrário, defendemos positivamente valores essenciais do Estado de direito democrático e das liberdades fundamentais que devem presidir à configuração normativa do sistema jurídico ciberespacial, afirmando desde logo a liberdade de informação¹²⁸. De todo o modo, deve ter-se em conta que, “A tradicional liberdade de informação metamorfoseia-se em *direitos de acesso* à informação entendida cada vez menos como um bem público e cada vez mais como um bem sobre o qual incidem direitos exclusivos.”¹²⁹

Conclusão

A intervenção impositiva do direito estadual na regulação do ciberespaço não pode escamotear um fenómeno da maior importância no espaço europeu. Este fenómeno diz respeito ao papel principal do direito da União Europeia enquanto fonte do direito da Internet, no sentido de criar um ambiente favorável à confiança jurídica dos agentes do comércio electrónico e da sociedade da informação.¹³⁰ Trata-se do processo de ‘europeização da regulação’ do ciberespaço.¹³¹

Por iniciativa da Comissão Europeia, o alargamento e aprofundamento das medidas de harmonização é de tal ordem, que a intervenção impositiva do direito estadual português se esgota, frequentemente, na transposição das directivas europeias, à semelhança do que sucede com os outros Estados-membros.

¹²⁵ POULLET, Yves (2000) *How to regulate the Internet: new paradigms for Internet Governance – Self-regulation: Value and Limits*, Namur, p. 21.

¹²⁶ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (2006) ‘Diritto d’autore e libertà di espressione: una relazione ambigua’, *AIDA - Annali Italiani del Diritto d’Autore della Cultura e dello Spettacolo*, pp. 155-6 (“Metaforicamente, l’informazione costituisce, oggi, la più importante materia prima per qualsiasi processo decisionale economico, sociale, politico o individuale”); CUNHA, Paulo Ferreira da (2006) ‘Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático - Direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado?’ *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, p. 642 (“O *Oberbegriff* a considerar neste domínio seria o de Liberdade de Informação”).

¹²⁷ COSTA, José de Faria (2005) ‘Entre Hermes e Creonte: um novo olhar sobre a liberdade de imprensa’, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, pp. 137, 140.

¹²⁸ PEREIRA, Alexandre L. Dias (2008) *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra.

¹²⁹ GONÇALVES, Maria Eduarda (2005) (2005) ‘Inovação, Poder e Desenvolvimento’, *Congresso da Cidadania*, Separata, Açores, p. 16.

¹³⁰ PEREIRA, Alexandre L. Dias (1999) *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina; POULLET, Yves (2002) ‘Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l’Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l’approche réglementaire européenne du cyberspace’, *Le droit international de l’Internet*, p. 176 (« le droit européen d’Internet existe bien. Il a un but : créer la confiance.»).

¹³¹ GONÇALVES, Maria Eduarda (2003) *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.^a ed. Almedina, Coimbra, p. 34.

Arrancando do Relatório *Bangemann (A Europa e a Sociedade da Informação, 1994)*, as instâncias comunitárias encontraram na sociedade da informação uma justificação para a sua actuação normalizadora, na sequência da Realização do Mercado Interno (COM(85), 310). Definiu-se um Plano de Acção (COM(94), 347) e, tendo em conta a propagação dos conteúdos ilegais e lesivos na Internet (COM(96), 487) e a necessidade de promover a sua segurança (COM(97), 583), lançaram-se iniciativas, com destaque para a Iniciativa europeia para o comércio electrónico (COM (97), 157). Pretendeu-se, desse modo, criar um ambiente jurídico favorável à confiança nas comunicações electrónicas (COM(97) 503) e assegurar a interoperabilidade dos sistemas digitais de processamento e comunicação de informação num contexto de convergência tecnológica das telecomunicações, do audiovisual e da informática (COM(97) 623).

As instâncias comunitárias procuraram estabelecer um quadro regulamentar capaz de promover a confiança jurídica das administrações e empresas, e dos cidadãos e consumidores nos serviços da sociedade da informação e do comércio electrónico, tendo em conta um contexto de segurança técnica oferecido pelas chamadas tecnologias robustas da criptografia. No leque de prioridades dos trabalhos comunitários destacar-se-ia a protecção do direito de autor e dos direitos conexos, que foi objecto de um Livro Verde (COM(95) 382, e o respectivo *Seguimento* COM(96) 568), à semelhança do que sucedeu com a informação do sector público (COM(98) 585). Mais recentemente procura-se uma configuração dos direitos de autor adequada à economia do conhecimento (COM(2009) 532). Em ordem à construção jurídica da sociedade da informação, o legislador comunitário adoptou um pacote de instrumentos de harmonização sectorial, para além de um conjunto de decisões avulsas^{132 133}.

Trata-se de um domínio que evidencia bem a afirmação de que “o direito comunitário fornece hoje os exemplos mais ‘dirigentes’ do direito actual.”¹³⁴ Com efeito, a fonte europeia é a mais importante do direito ciberespacial, ao estabelecer as definições básicas da configuração normativa da economia digital e da sociedade da informação. Todavia, assim como a ‘ciberespecialização jurídica’ não deverá ser reduzida a qualquer determinismo, seja tecnológico ou económico, de igual modo a europeização do direito da internet não deverá eclipsar os valores fundamentais consignados na Constituição dos Estados-membros, com destaque para as liberdades fundamentais da comunicação e sem prejuízo dos direitos e interesses legítimos de todos os participantes na rede global.

¹³² http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/index_en.htm.

¹³³ Para um *mapa da problemática jurídica da sociedade da informação*, ver CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos (2011) ‘Mapa Jurídico da Sociedade da Informação’, *Direito da Sociedade da Informação*, Volume IX, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 31-55.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2006) ‘Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente’, in “*Branco*” e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, p. 222.

PRINCÍPIOS DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

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

Sumário: Introdução. 1. O princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet e o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico. 2. O princípio da transparência. 3. O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, e a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico. 4. O princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, e o reforço da propriedade intelectual na Internet. 5. O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios (ADR).

Introdução

A Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, foi transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, quase dois anos depois de terminado o prazo de transposição dado pela directiva (17 de Janeiro de 2002 - art. 22, 1).¹³⁵

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

Quanto às suas *linhas orientadoras*, o diploma nacional pretende, fundamentalmente, regular os aspectos do comércio electrónico abrangidos pela directiva¹³⁶, a qual não se dirige a todo o comércio electrónico além de pressupor o acervo comunitário em vigor (para o qual remete)¹³⁷. Note-se também que não é exacto o termo “comércio”, no

*In *Miscelâneas* (2004: 75-112).

¹³⁵ De resto, o próprio período de duração da autorização legislativa foi excedido (art. 6.º da Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio), comprometendo a constitucionalidade do diploma. Este atraso é tanto mais difícil de justificar, em vista das diversas iniciativas nacionais para o comércio electrónico e a sociedade da informação desde 1997, acompanhadas de farta produção literária em matéria de documentos orientadores - como iniciativas governamentais e respectivos documentos, ver, por ex., a *Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro, e o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99); e a *Iniciativa Internet - Portugal Digital* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000)...

¹³⁶ Apesar de se cingir fundamentalmente ao conteúdo normativo da directiva, o diploma interno acrescentou lateralmente “alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa”.

¹³⁷ É o que sucede, nomeadamente, com a directiva sobre os contratos à distância, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, e com a directiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros “em trabalhos de transposição”.

sentido de um direito comercial electrónico¹³⁸; trata-se antes sobretudo de aspectos jurídicos do tráfego electrónico, que pode ser realizado por não comerciantes¹³⁹ e que não é, nem por lei nem por natureza, uma actividade comercial¹⁴⁰. Daí que certas matérias como a contratação electrónica devem ser reguladas como matérias “de direito comum e não apenas comercial”. Para além desta dificuldade de ordem sistemática, a transposição procurou enquadrar as chamadas “categorias neutras” da directiva nos moldes conceptuais tradicionais da nossa ordem jurídica.

Assim, nos termos do art. 1.º, o diploma interno transpõe a directiva sobre comércio electrónico e o artigo 13 da directiva sobre a privacidade nas comunicações electrónicas.¹⁴¹ O art. 2.º exclui do âmbito do diploma sobre comércio electrónico a matéria fiscal, a disciplina da concorrência, o regime do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade¹⁴², o patrocínio judiciário, os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro, e a actividade notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos, ressalvando ainda as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional na observância do direito comunitário para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

¹³⁸ Para uma noção indicativa do comércio electrónico e suas modalidades, *vide Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157 final.

¹³⁹ Por exemplo, sujeitos que exercem profissões regulamentadas, nomeadamente médicos, advogados, arquitectos, etc. Por essa razão e tendo em conta que as actividades exercidas por estes grupos profissionais são especialmente atingidas pela Directiva comunitária, também outras entidades deveriam ter sido ouvidas, nomeadamente a Ordem dos Médicos e a Ordem Advogados. Como se pode ler no preâmbulo, foram ouvidas diversas entidades no âmbito do processo legislativo, a saber: a Comissão Nacional de Protecção de Dados, o ICP - Autoridade Nacional de Comunicações, o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, o Instituto de Seguros de Portugal, a Unidade de Missão Inovação e Conhecimento, o Instituto do Consumidor, a Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores, a Associação Fonográfica Portuguesa e a Sociedade Portuguesa de Autores.

¹⁴⁰ O facto de o comércio electrónico assentar nos chamados serviços da sociedade da informação, entendidos no acervo comunitário como qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, no âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário (com exclusão, portanto, da radiodifusão sonora ou televisiva), tal não significa que estes serviços revistam natureza comercial, por qualificação directa (que não resulta), por analogia *legis* ou por analogia *iuris*. Nada obsta, com efeito, a que serviços tradicionalmente não qualificados como comerciais, nomeadamente no âmbito das profissões regulamentadas, integrem a noção de serviços da sociedade da informação e constituam, nessa medida, comércio electrónico sem serem uma actividade juridicamente comercial. Estas considerações não pretendem negar, contudo, a natureza comercial de muitas das actividades que dão corpo ao comércio electrónico, sendo novas algumas delas, de resto: pense-se, por exemplo, na actividade dos prestadores de serviços da Internet que operam servidores que permitem o acesso à rede, a transmissão de mensagens, o armazenamento temporário, o alojamento de páginas, o correio electrónico (gratuito ou não), os «chats», serviços de informação e motores de busca e a publicidade. Claro que, com excepção da publicidade legalmente qualificada como actividade comercial, a actividade dos prestadores de serviços que não é legalmente regulamentada pode ser também exercida, por exemplo, por uma Universidade (por ex., o CIUC) ou por uma associação sem fim lucrativos. De todo o modo, poder-se-á sustentar a comercialidade jurídica desta actividade por analogia *iuris* com um princípio geral da comercialidade do sector terciário.

¹⁴¹ Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade nas comunicações electrónicas).

¹⁴² Não obstante a transposição do art. 13.º da directiva sobre privacidade nas comunicações electrónicas...

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

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

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

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

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

1.1. Para começar, a actividade de prestação de serviços da sociedade da informação¹⁴³ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, nos termos do qual a actividade de

¹⁴³ Que define como qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de

prestador de serviços da sociedade da informação não depende de autorização prévia (art. 3.º, 3).¹⁴⁴ Todavia, os chamados prestadores intermediários de serviços em rede¹⁴⁵ que pretendam exercer estavelmente a actividade em Portugal ficam sujeitos a um dever de inscrição prévia junto da entidade de supervisão central.

Depois, os prestadores de serviços estabelecidos em Portugal¹⁴⁶ ficam sujeitos ao princípio do controlo do país de origem, nos termos do qual os prestadores ficam integralmente sujeitos à lei portuguesa relativa à actividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços da sociedade da informação prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1).¹⁴⁷ O princípio do país de origem, no sentido da sujeição à lei do lugar do estabelecimento, aplica-se também aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia, exclusivamente no que respeita a actividades em linha, relativamente aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade, e ao exercício no que respeita, designadamente à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos (art. 5.º, 1). Assim, em princípio, os serviços prestados em Portugal por operadores

actividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4).

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

¹⁴⁴ Certas exigências legais, nomeadamente em matéria de protecção dos consumidores, que podem colocar obstáculos à liberdade de prestação destes serviços são ressalvadas, uma vez que o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de protecção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5). Todavia, em face do teor literal da norma, parece que só as disposições restritivas que forem compatíveis com o disposto no diploma é que poderão ser aplicadas. Assim, o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio electrónico em detrimento da protecção dos consumidores. Não obstante, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da directiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em protecção económica contrária à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de protecção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo.

¹⁴⁵ Isto é, os prestadores de serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço (art. 4.º, 5).

¹⁴⁶ Para o efeito, à semelhança do previsto na directiva, considera-se estabelecido em Portugal um prestador de serviços que exerça uma actividade económica no país mediante um estabelecimento efectivo, seja qual for a localização da sua sede, não configurando a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, um estabelecimento efectivo; se o prestador tiver estabelecimentos em vários locais considera-se estabelecido no local em que tenha o centro das suas actividades relacionadas com o serviço da sociedade da informação (art. 4.º, 2 e 3).

¹⁴⁷ Trata-se do sistema do passaporte comunitário com reconhecimento mútuo de padrões normativos.

estabelecidos noutros Estados-membros da União Europeia não estão sujeitos a requisitos adicionais em Portugal, sendo portanto livre a sua prestação.¹⁴⁸

1.2. Todavia, o princípio do controlo no país de estabelecimento sofre diversas excepções, não se aplicando a um conjunto significativo de situações (art. 6), a saber: a propriedade intelectual, incluindo a protecção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores (1)¹⁴⁹, a emissão de moeda electrónica, por efeito de derrogação prevista no n.º 1 do artigo 8.º da Directiva n.º 2000/46/CE (2), a publicidade realizada por um organismo de investimento colectivo em valores mobiliários, nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da Directiva n.º 85/611/CEE (3), a actividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, alcance e condições da autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou em situação irregular (4), a matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada (5), os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes (6), a validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre imóveis (7), e a permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio electrónico (8). Isto significa que relativamente a todas estas matérias o Estado-membro no qual o serviço é prestado pode impor os requisitos da sua legislação interna à prestação desse serviço. Vigora, portanto, quanto a estas matérias, o princípio do controlo pelo país de destinação/recepção do serviço.

A este primeiro círculo de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação junta-se um outro grupo de providências restritivas¹⁵⁰, autorizado pela directiva comunitária. Com efeito, nos termos do art. 7.º, os tribunais e outras entidades competentes, nomeadamente as entidades de supervisão, podem restringir a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado membro da União Europeia se lesar ou ameaçar gravemente: a dignidade humana ou a ordem pública, incluindo a protecção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social (1), a saúde pública (2)¹⁵¹, a segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais (3), e os consumidores, incluindo os investidores (4). A adopção destas medidas restritivas deve cumprir certos deveres de notificação¹⁵² e só é admitida em

¹⁴⁸ Os serviços de origem extra-comunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, bem como ao diploma do comércio electrónico em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intra-comunitárias (art. 5.º, 3). Esta disposição é susceptível de gerar dúvidas de interpretação, desde logo no que respeita ao princípio da liberdade de exercício de actividades de comércio electrónico. Será este princípio justificado pela especificidade das relações intra-comunitárias?

¹⁴⁹ Esta excepção ao princípio do controlo no país de origem pode entender-se como uma expressão de um princípio de reforço da protecção da propriedade intelectual no ambiente de risco do comércio electrónico.

¹⁵⁰ Ou de intervenção do controlo no país de destinação.

¹⁵¹ Pense-se, nomeadamente, no regime de produção e comercialização de medicamentos, cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos.

¹⁵² Com efeito, é devida comunicação à entidade de supervisão central (art. 9.º) por parte das entidades competentes que desejem promover a solicitação ao Estado membro de origem que ponha cobro a uma situação violadora, a fim de ser notificada ao Estado membro de origem, bem como pelas entidades

ultima ratio, uma vez que¹⁵³ devem ser precedidas da solicitação ao Estado membro de origem do prestador do serviço para pôr cobro à situação e, caso este o não tenha feito ou as providências que tome se revelem inadequadas, da notificação à Comissão e ao Estado membro de origem da intenção de tomar providências restritivas (art. 7.º, 2).¹⁵⁴ Em todo o caso, as providências tomadas devem ser proporcionais aos objectivos a tutelar (art. 7.º, 4). Com efeito, poder-se-á tratar de uma restrição injustificada à liberdade de prestação de serviços, competindo à Comissão, nos termos do art. 3.º, 6, analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário e, se concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão solicitará ao Estado-membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.¹⁵⁵

2. O princípio da transparência

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

2.1. Nos termos do diploma interno, um dos requisitos impostos aos prestadores dos serviços da sociedade de informação para o exercício das suas actividades é a disponibilização permanente de informações (art. 10), de modo a que se possa saber

competentes que tenham a intenção de tomar providências restritivas, ou as tomem efectivamente, que o devem fazer imediatamente, a fim de serem logo notificadas à Comissão e aos Estados membros de origem; em caso de providências restritivas de urgência devem ser também indicadas as razões da urgência na sua adopção.

¹⁵³ Sem prejuízo da realização de diligências judiciais, incluindo a instrução e demais actos praticados no âmbito de uma investigação criminal ou de um ilícito de mera ordenação social (art. 7.º, 4).

¹⁵⁴ O artigo 8.º dispõe que, em caso de urgência, as entidades competentes podem tomar providências restritivas não precedidas das notificações à Comissão e aos outros Estados membros de origem previstas no artigo anterior. Assim, literalmente, parece que a actuação de urgência não prescinde todavia da solicitação ao Estado-membro de origem para pôr cobro à situação. Todavia, parece-nos que a urgência da situação poderia justificar a dispensa dessa solicitação. A directiva, aliás, permite-o, dispondo que os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derrogar as condições previstas na alínea b) do n.º 4. Nesse caso, as medidas devem ser notificadas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.” (art. 3, 5).

¹⁵⁵ A Decisão da Comissão poderá ser objecto de contencioso comunitário.

quem é quem no comércio electrónico. As informações a disponibilizar variam consoante os prestadores de serviços estejam ou não sujeitos a autorização prévia. Relativamente a estes últimos, os prestadores de serviços são obrigados a disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e directo, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (1), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço electrónico, em termos de permitir uma comunicação directa (2), inscrições do prestador em registos públicos e respectivos números de registo (3), e o número de identificação fiscal (4); além disso, se os serviços prestados implicarem custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem ser objecto de informação clara anterior à utilização dos serviços (5).

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

2.2. Por outro lado, a directiva regula as chamadas comunicações comerciais, a que o legislador nacional chama «comunicações publicitárias em rede», designação que lhe “parece preferível” porquanto “é sempre e só a publicidade que está em causa”.¹⁵⁶ Neste contexto, a regulação do legislador nacional não se esgota na tradução da directiva sobre comércio electrónico, uma vez que, na problemática das comunicações não solicitadas, transpõe parcialmente a directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, a saber: o artigo 13.º sobre as comunicações não solicitadas, que determina que as comunicações para fins de marketing directo apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio.

Mais em pormenor, as comunicações publicitárias em rede e marketing directo são reguladas no capítulo IV. Começa, no art. 20.º, por delimitar o âmbito de aplicação. Embora não forneça um conteúdo positivo de comunicação publicitária em rede, dispõe que ela pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada.¹⁵⁷ Além disso, à semelhança da directiva, exclui da noção de comunicação publicitária em rede as mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objectivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em colectâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação (a), e as mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições (b).

As comunicações publicitárias ficam sujeitas a certos requisitos. Desde logo em matéria de *identificação e informação*, dispondo o art. 21.º que nas comunicações

¹⁵⁶ Melhor seria que se tivesse bastado com o termo “publicidade” consagrado no direito português no sentido de abranger as comunicações promocionais cuja natureza comercial é definida por lei. Além disso, ao legislador cumpre fazer leis, não editar pareceres com valor normativo.

¹⁵⁷ Esta noção parece abranger o patrocínio publicitário (*sponsorship*).

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

Por outro lado, quanto às comunicações não solicitadas, dispõe o art. 22.º que o envio de mensagens para fins de marketing directo, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico, carece de consentimento prévio do destinatário.¹⁵⁸ Este princípio da necessidade de autorização prévia do destinatário não se aplica, todavia, às mensagens enviadas a pessoas colectivas, ficando, no entanto, aberto aos destinatários o recurso ao sistema de opção negativa.¹⁵⁹ Além disso, o fornecedor de um produto ou serviço, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, pode enviar publicidade não solicitada aos clientes com quem celebrou anteriormente transacções, se ao cliente tiver sido explicitamente oferecida a possibilidade de o recusar por ocasião da transacção realizada e se não implicar para o destinatário dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações.

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

2.3. Um aspecto inovador respeita à publicidade das profissões regulamentadas, como a medicina, a advocacia, a arquitectura, os ROCs, etc. Dispõe o art. 23.º, 1, que as comunicações publicitárias à distância por via electrónica em profissões regulamentadas

¹⁵⁸ Este era, de resto, o regime que a nosso ver resultava da aplicação da lei sobre a privacidade nas telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997) ao correio electrónico, e antes já consagrado expressamente para a publicidade por telefone e telecópia pela Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro (art. 5.º), não obstante esta lei excluir o correio electrónico do seu âmbito de aplicação (art. 1.º, 2).

¹⁵⁹ Neste sentido, as entidades que promovam o envio de comunicações publicitárias não solicitadas cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário têm o dever de manter, por si ou por organismos que as representem, uma lista actualizada de pessoas que manifestaram o desejo de não receber aquele tipo de comunicações, sendo proibido o envio de comunicações publicitárias por via electrónica a essas pessoas.

são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão, nomeadamente as relativas à independência e honra e ao sigilo profissionais, bem como à lealdade para com o público e dos membros da profissão entre si. Não obstante esta abertura à publicidade das profissões regulamentadas imposta pela directiva, resta saber em que termos as ordens profissionais darão expressão a esta liberdade num domínio tradicionalmente muito restritivo, e se é que afinal a publicidade que permitirão não corresponderá a simples informação excluída da noção de comunicação publicitária.

3. O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos e a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico

O princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos significa reconhecer a declaração electrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e que os contratos electrónicos satisfazem a exigência legal de forma escrita, salvo nos casos permitidos pela directiva comunitária (por ex., contratos reais imobiliários *quod effectum* e negócios pessoais, como o casamento). Por outro lado, o documento com assinatura electrónica certificada por empresa acreditada pelo ITIJ tem força probatória plena, dependendo a certificação acreditada da verificação de um conjunto de requisitos humanos, técnicos e financeiros (v.g., seguro obrigatório de responsabilidade civil). Ainda em matéria contratual, rege, em princípio, a teoria da recepção em matéria do momento da celebração dos contratos. Além disso, parece-nos que os contratos reais *quod constitutionem* poderão ter lugar através do comércio electrónico directo (por ex., depósito de software) apesar da orientação comunitária remeter estas entregas para a categoria genérica dos serviços.

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

Assim, sujeitam-se os contratos ao princípio da liberdade de recurso à via electrónica para a celebração de contratos, no sentido de a exigência de forma escrita ser satisfeita por essa via. Isto não constitui, todavia, um desvio ao princípio geral da liberdade de forma das declarações negociais (art. 219.º do Código Civil). Trata-se antes de esclarecer, quando a lei exige forma escrita para a validade do negócio, que essa forma é satisfeita, salvo nos casos excepcionados, através dos documentos electrónicos. Nesse sentido, retomou algo que já constava do art. 3.º, 1, do diploma das assinaturas electrónicas.¹⁶⁰ Mas, aparentemente, ao invés de remeter para o regime deste diploma, retomou a fórmula “ampla e independente de considerações técnicas” constante do artigo 4.º do Código dos Valores Mobiliários: as declarações emitidas por via

¹⁶⁰ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril (transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas).

electrónica satisfazem as exigências legais de forma escrita quando oferecem as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

3.2. Mais em pormenor, a chamada contratação electrónica vem regulada no capítulo V. Define-se o âmbito de aplicação das disposições sobre contratação electrónica no art. 24.º, no sentido de abranger todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.¹⁶¹ As regras da contratação electrónica tratam de vários aspectos, nomeadamente a validade da celebração de negócios jurídicos por forma electrónica, os dispositivos de identificação e correcção de erros, as informações prévias a prestar à outra parte, o valor da ordem de encomenda e do aviso de recepção, e ainda os chamados agentes electrónicos (contratação automatizada sem intervenção humana).

Para começar, o art. 25.º consagra o *princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica*, no sentido de impedir que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio. Todavia, ficam excluídos deste princípio os negócios jurídicos: familiares (por ex., casamento) e sucessórios (por ex., testamento); os negócios que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais¹⁶²; reais imobiliários (por ex., compra e venda ou hipoteca de imóvel), com excepção do arrendamento¹⁶³; de caução e de garantia, quando não se integrem na actividade profissional de quem as presta.

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

¹⁶¹ A referência legal aos contratos não parece dever ser entendida como excluindo do âmbito de aplicação das regras da contratação electrónica os negócios jurídicos unilaterais, como sejam a promessa pública (art. 459.º do Código Civil).

¹⁶² Significa isto que a promessa obrigacional de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios electrónicos quando seja exigida a intervenção do notário tal como previsto no art. 410.º, 3, do Código Civil? Sendo a autenticação notarial mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, então as exigências de valor probatório do documento poderiam ser satisfeitas através da aposição de assinatura electrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas electrónicas. Com efeito, em ambos os casos gozaria o documento de força probatória plena. Todavia, o diploma interno fez lei do preâmbulo da directiva sobre comércio electrónico, excluindo do princípio da liberdade de celebração por meios electrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, certamente em atenção à importância do papel do notário no nosso direito e por razões de protecção da parte mais fraca. Todavia, na medida em que essa intervenção não seja requerida, não há obstáculos legais à celebração por meios electrónicos de contratos-promessa obrigacionais de compra e venda de imóveis.

¹⁶³ Ao exceptuar o arrendamento, não nos parece que o legislador tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento, à semelhança da directiva. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação. Mas sempre se poderá dizer que o arrendamento não é tratado como os demais negócios reais imobiliários, justamente por não ser contrato real *quod effectum*, isto é, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais.

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

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

Em matéria de informações prévias, prescreve o art. 28.º uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual o prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclui¹⁶⁴: o processo de celebração do contrato (1); o arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário (2); a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado (3); os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda (4); os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar (5); e os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar electronicamente (6).

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

Isto significa a introdução de um regime especial, de natureza imperativa, no comércio electrónico B2C, uma vez que, apesar de se repetir o critério geral segundo o qual a oferta de produtos ou serviços em linha representa proposta contratual ou convite a contratar, consoante contiver ou não todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação, parece que a aceitação só se dá à segunda vez,

¹⁶⁴ A esta informação mínima acresce a informação prévia devida ao consumidor nos termos, nomeadamente, do art. 4.º da lei dos contratos à distância - Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços).

aquando da confirmação, e não logo no momento da aceitação inicial por parte do destinatário no caso de proposta contratual.

Com efeito, o art. 29.º, sobre a ordem de encomenda e o aviso de recepção, dispõe uma regra imperativa nas relações com consumidores, nos termos da qual logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção¹⁶⁵ igualmente por meios electrónicos¹⁶⁶, salvo se houver imediata prestação em linha do produto ou serviço. Com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção de modo a reiterar a ordem emitida, a encomenda torna-se definitiva (*dupla consensualidade*). Por isso dispõe o art. 32.º, 2, que o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Todavia, se ao invés desse aviso houver imediata prestação em linha do produto ou serviço (por ex., compra e venda electrónica de música ou jogo de computador), parece que o contrato estará concluído à primeira, a menos que se entenda que o contrato se concluirá com a prestação em linha do produto ou serviço, o que significaria a introdução de uma excepção ao princípio da consensualidade, no sentido de se exigir um modo para a perfeição do negócio traduzido na entrega da coisa encomendada. Todavia, não nos parece que assim seja, pelo que, salvo quando a natureza do negócio assim o exija (por ex., no caso do depósito), a imediata prestação em linha (isto é, no domínio do chamado comércio electrónico directo) do produto ou serviço encomendado deve entender-se não como condição de conclusão do negócio mas antes como cumprimento do mesmo, já anteriormente concluído à primeira com a aceitação da oferta contratual.¹⁶⁷

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

3.5. Por outro lado, o art. 31.º estabelece critérios sobre a apresentação dos termos contratuais e cláusulas gerais, dispondo que os termos contratuais e as cláusulas gerais, bem como o aviso de recepção, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los (1). O n.º 2 consagra a teoria da recepção

¹⁶⁵ Devendo o aviso de recepção conter a “identificação fundamental” do contrato a que se refere. Resta saber o que se entende por informação fundamental, embora nos pareça que este conceito deverá ser normativamente preenchido por remissão nomeadamente para o regime dos contratos à distância.

¹⁶⁶ Ainda que mediante envio da comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço.

¹⁶⁷ Com efeito, no que respeita ao B2C, parece o regime jurídico considerar a posição do prestador como de oferta negocial ou proposta contratual (cfr. art. 4.º, 1-h, do diploma dos contratos à distância), que não de mero convite a contratar. Além disso, poderá sustentar-se que o art. 29.º, 5, ao invés de estabelecer uma regra especial sobre o momento da celebração do contrato, limita-se a a sujeitar estes negócios a confirmação, conferindo ao consumidor um “direito de arrependimento” que lhe permite desfazer o negócio mediante não confirmação da encomenda. Porém, esse direito está previsto noutros lugares da legislação do consumidor, parecendo que se trata aqui realmente do problema do momento da conclusão do contrato.

consagrada no art. 224.º do Código Civil, dispondo que a ordem de encomenda, o aviso de recepção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles (ou seja, a nosso ver, quando a mensagem é recebida na memória do computador utilizado na negociação ou, consoante o caso, na caixa de correio electrónico do destinatário – não apenas no servidor, portanto). Também o art. 32.º, 1, sobre proposta contratual e convite a contratar, repete a regra geral, dispondo que a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar. De resto, salvo critério especial, o regime geral é o do Código Civil, para o qual o diploma poderia ter remetido.

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

Assim, o art. 33.º sobre contratação sem intervenção humana, dispõe que à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação. Mais acrescenta que são aplicáveis as disposições sobre erro na formação da vontade, se houver erro de programação (1); na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina (2); e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Além disso, a outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução.

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

3.7. A regulação do comércio electrónico é fortemente marcada pelo princípio da protecção do consumidor no «tele-shopping» electrónico, uma vez que da confiança do consumidor na comercialização electrónica depende em larga medida o crescimento deste novo meio de actuação económica. Sendo consumidor quem actua para fins diferentes da sua actividade profissional e se da outra parte estiver um profissional no exercício da sua actividade (B2C vs. B2B), o consumidor tem direito a receber informações prévias sobre os bens e os contratos à distância, assumindo relevo contratual a informação fornecida. Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum e sem despesas* os contratos à distância no prazo geral de 14 dias, e não são permitidas cláusulas contratuais abusivas. Uma outra dimensão em que este princípio se projecta consiste no regime de tratamento mais favorável em matéria de

jurisdição (tribunal competente e lei aplicável) bem como nas possibilidades de recurso a meios alternativos de resolução de conflitos.

Com efeito, a protecção do consumidor no *iter* negocial do comércio electrónico justifica a imposição de vários limites à liberdade contratual, mediante normas imperativas de protecção. Estes limites estão previstos na lei do comércio electrónico¹⁶⁸, que em alguns aspectos não se quedou pela transposição da directiva. Desde logo, é proibida a publicidade oculta (art. 21.º).¹⁶⁹ De igual modo, o envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º). Depois, são inválidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25.º, 4).¹⁷⁰ Além disso, o fornecedor tem que colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correcção de erros (art. 27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de recepção (art. 28.º), devendo acusar imediatamente a recepção da encomenda no comércio electrónico indirecto (art. 29.º), salvo no que respeita aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação equivalente (art. 30.º). Também para proteger o consumidor o contrato só se celebra “à segunda”, mediante confirmação da ordem de encomenda dada na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5) do prestador, que parece dever estar em situação de oferta negocial.

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime¹⁷¹, que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio electrónico, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da lei geral do consumidor.¹⁷² Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias.

Um outro aspecto da protecção do consumidor traduz-se num regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que,

¹⁶⁸ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

¹⁶⁹ O princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias é de resto um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, com alterações posteriores).

¹⁷⁰ Isto acresce à proibição das cláusulas contratuais abusivas prevista na lei das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro (que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores), e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho).

¹⁷¹ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). No domínio dos serviços financeiros, veja-se a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

¹⁷² Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho).

verificados certos requisitos, o consumidor poderá intentar acções contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respectiva legislação. Esta solução decorre do regulamento comunitário sobre competência judiciária em acções cíveis e comerciais¹⁷³, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.¹⁷⁴ Este regime de jurisdição favorável não cede em princípio em face da regra do controlo no país de origem, a qual, para além de se dirigir sobretudo à supervisão administrativa, admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.

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

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

4.1. A directiva prossegue também a regulação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no sentido de os irresponsabilizar - e de com isso promover a liberdade de navegação e de comunicação por via da redução dos custos de seguros, que se repercutiriam sobre os utilizadores - da ilicitude das mensagens que disponibilizam. Em vista da directiva, o diploma interno (cap. III) não estabelece nenhum dever geral de vigilância do prestador intermediário de serviços sobre as informações que transmite ou armazena ou a que faculta o acesso, e enuncia os deveres comuns a todos os chamados intermediários; depois, consagra o regime de responsabilidade específico das actividades de simples transporte, armazenagem intermediária (ou temporária) e armazenagem principal (ou em servidor).

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

4.2. Assim, o diploma do comércio electrónico submete o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede ao princípio da equiparação (art. 11.º), que consiste

¹⁷³ 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 commercial.

¹⁷⁴ Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980).

em sujeitar ao regime comum a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, incluindo nos casos de associação de conteúdos, ainda que com algumas especificações. O regime comum será, em matéria de responsabilidade civil, o regime previsto no Código Civil. Além disso, o diploma estabelece uma regra de ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços, no sentido de não sujeitar os prestadores intermediários de serviços em rede a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito (art. 12.º).¹⁷⁵

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

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

Quanto ao *simples transporte*, dispõe o art. 14.º que o prestador intermediário de serviços que prossiga apenas a actividade de transmissão de informações em rede, ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão nem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários, é isento de toda a responsabilidade pelas informações transmitidas, ainda que o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta.

Quanto à *armazenagem temporária*, dispõe o art. 15.º que o prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço. Todavia, nos termos do n. 2 e 3, o prestador fica sujeito ao regime comum de responsabilidade se não proceder segundo as regras usuais do sector relativas à actualização da informação e ao uso da tecnologia (por ex., aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação), bem como se chegar ao seu conhecimento que

¹⁷⁵ Pode questionar-se o acerto e o efeito útil desta disposição, uma vez que estabelece um genérico “não dever”, como se houvesse um dever fundador de *culpa in vigilando* ou, quiçá, responsabilidade objectiva.

a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso.

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

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

Assim, quanto à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos dispõe o art. 17.º que os prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos estão sujeitos a regime de responsabilidade correspondente ao estabelecido no art. 16.º para a armazenagem principal. O art. 19.º acrescenta, todavia, na relação desta actividade com o direito à informação, que a associação de conteúdos não é considerada irregular unicamente por haver conteúdos ilícitos no sítio de destino, ainda que o prestador tenha consciência do facto, entendendo-se que a remissão é lícita se for realizada com objectividade e distanciamento, representando o exercício do direito à informação, sendo, pelo contrário, ilícita se representar uma maneira de tomar como próprio o conteúdo ilícito para que se remete. A avaliação da licitude ou ilicitude da remissão faz-se perante as circunstâncias do caso, sendo fornecido um elenco ilustrativo de topoi, como sejam a confusão eventual dos conteúdos do sítio de origem com os de destino, o carácter automatizado ou intencional da remissão, e a área do sítio de destino para onde a remissão é efectuada. A ilicitude poderá consubstanciar, designadamente, um acto de concorrência desleal.

4.4. A liberdade electrónica acaba onde começa o delito informático, em especial a criminalidade informática ou cibercrime. Sendo que a afirmação de um princípio de liberdade de comunicação e de navegação na Internet é acompanhada, de modo

aparentemente paradoxal, pelo princípio do reforço da protecção da propriedade intelectual.¹⁷⁶

O reforço da protecção da propriedade intelectual no comércio electrónico traduz-se na proibição geral de utilização de materiais protegidos pelos direitos de autor, incluindo não apenas textos, imagens, músicas, filmes, mas também programas de computador e estruturas originais de bases de dados, bem como na criação de novos direitos de propriedade intelectual, como sejam o direito especial do fabricante de bases de dados e as protecções jurídicas dos sistemas técnicos de protecção e gestão de direitos de autor e conexos,¹⁷⁷ ou a protecção jurídica simplesmente dos serviços de acesso condicional enquanto tais.¹⁷⁸ Além disso, este princípio traduz-se em restrições à utilização de marcas (e outros sinais distintivos) como meta-dados, nomeadamente quanto se trate de utilizações publicitárias, além de que a protecção das marcas (e de outros sinais distintivos) “coloniza” gradualmente o regime dos nomes de domínio, que a contempla.

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

O princípio da informalização dos meios de resolução de litígios traduz-se num apelo significativo à arbitragem e na promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADRs, que também poderíamos traduzir por “administrative dispute resolution”...), incluindo a arbitragem por vias electrónicas. Este processo de desjudicialização é acompanhado, ao mesmo tempo, pela emergência de autoridades administrativas, ditas mais expeditas e capazes de lidar com as novas realidades. Por outras palavras, o juiz é tendencialmente substituído pelo árbitro e, talvez, sobretudo, pelo agente da autoridade administrativa.

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

¹⁷⁶ E, também, da protecção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados).

¹⁷⁷ Veja-se a legislação produzida no domínio dos direitos de autor para adaptar este instituto aos desafios tecnológicos da informática e das redes electrónicas: Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro); Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados); Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa ao regime de protecção jurídica dos programas de computador - alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/97 de 27 de Novembro).

¹⁷⁸ Decreto-Lei n.º 287/2001 de 8 de Novembro (estabelece o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade de informação, à respectiva protecção jurídica, bem como aos equipamentos de utilizador que lhe estão associados, e transpõe a Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional).

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

Contudo, a amplitude dos poderes da entidade de supervisão contrasta com as suas responsabilidades. Assim, por um lado, a entidade de supervisão pode a qualquer tempo alterar a composição provisória do litígio estabelecida (nº 5), embora, por outro lado, qualquer que venha a ser a decisão, nenhuma responsabilidade recai sobre a entidade de supervisão.¹⁷⁹ Trata-se, todavia, de uma solução meramente provisória e de natureza alternativa, porventura justificada pela necessidade de adopção de medidas céleres capazes de responder à exigências do tempo real da Internet, já que a solução definitiva do litígio é realizada nos termos e pelas vias comuns (nº 7) e o recurso a estes meios não prejudica a utilização pelos interessados, mesmo simultânea, dos meios judiciais comuns (nº 8). Todavia, não deixa de ser uma medida problemática, pois que se uma ilicitude cometida pela internet pode causar elevados danos em pouco tempo, também a decisão da entidade de supervisão pode produzir os mesmos efeitos danosos.

Isto significa, por outro lado, que se confirma a tendência para a tradução dos ADR, em termos de métodos alternativos, por *Administrative Dispute Resolution*. Com efeito, é instituída uma entidade de supervisão, o IPC-ANACOM, com competências residuais no domínio da instrução dos processos contra-ordenacionais previstos e da aplicação das respectivas coimas, cujo montante “é fixado entre molduras muito amplas, de modo a serem dissuasoras, mas, simultaneamente, se adequarem à grande variedade de situações que se podem configurar.” Em matéria de sanções acessórias que podem estar associadas às contra-ordenações, determina-se que as mais graves devem ser judicialmente confirmadas cabendo a iniciativa processual, oficiosamente, à entidade de supervisão. São também previstas providências provisórias ou cautelares, cuja competência de aplicação (incluindo instauração, modificação e levantamento) é atribuída à entidade de supervisão competente. Vejamos mais pormenorizadamente o regime das entidades de supervisão e o regime sancionatório estabelecido no capítulo VI.

¹⁷⁹ Acrescenta o legislador, em estilo pouco comum em actos normativos, que “tão-pouco recai sobre o prestador intermediário de serviços por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação, quando não for manifesto se há ou não ilicitude”.

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

Além da entidade de supervisão central, são previstas as entidades de supervisão (simples), que funcionam como organismos de referência para os contactos que se estabeleçam no seu domínio (por exemplo, o Instituto de Seguros de Portugal para a actividade seguradora na Internet), fornecendo, quando requeridas, informações aos destinatários, aos prestadores de serviços e ao público em geral (art. 36.º, 1). Para além das atribuições gerais já assinaladas e das que lhes forem especificamente atribuídas, cabem a estas entidades poderes de fiscalização e de instrução de processos contra-ordenacionais. Nomeadamente, cabe a estas entidades adoptar as providências restritivas previstas nos artigos 7.º e 8.º, instaurar e instruir processos contra-ordenacionais e, bem assim, aplicar as sanções previstas¹⁸⁰, e ainda determinar a suspensão da actividade dos prestadores de serviços em face de graves irregularidades e por razões de urgência.¹⁸¹

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

Em matéria de competências específicas da entidade de supervisão central, refiram-se nomeadamente a publicitação em rede dos códigos de conduta¹⁸² mais significativos de que tenha conhecimento e a promoção das comunicações à Comissão Europeia e ao Estado membro de origem relativamente à adopção de medidas restritivas.

¹⁸⁰ Por exemplo, constitui contra-ordenação sancionável com coima de €2500 a €50000 a prática pelos prestadores de serviços de não disponibilização de informação aos destinatários à qual estão obrigados nos termos do diploma, ou a não prestação de informações solicitadas pela entidade de supervisão (art. 37.º, 1-a/f). A estas contra-ordenações pode ser aplicada a sanção acessória de perda a favor do Estado dos bens usados para a prática das infracções (art. 38.º, 1).

¹⁸¹ Nos termos do art. 39.º, a entidade de supervisão competente pode determinar como medidas provisórias e na medida em 'que se revelem imediatamente necessárias', a suspensão da actividade e o encerramento do estabelecimento que é suporte daqueles serviços da sociedade da informação, e a apreensão de bens que sejam veículo da prática da infracção; sendo que estas medidas, pela sua natureza provisória, podem ser determinadas, modificadas ou levantadas em qualquer momento pela própria entidade de supervisão, por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados e a sua legalidade pode ser impugnada em juízo.

¹⁸² A criação destes códigos será promovida pelas entidades de supervisão, incentivando-se a participação das associações e organismos de protecção dos consumidores quando tal estiver em causa, tendo as entidades de supervisão e o Ministério Público legitimidade para impugnar em juízo os códigos de conduta aprovados em domínio abrangido pelo diploma do comércio electrónico que extravasem das finalidades da entidade que os emitiu ou tenham conteúdo contrário a princípios gerais ou regras vigentes (arts. 42 e 43).

TELEMEDICINA E FARMÁCIA *ONLINE*: ASPETOS JURÍDICOS DA *EHEALTH**

Sumário: Introdução. 1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu. 2. Informação e publicidade dos sítios de eHealth. 3. Contratação pela via eletrónica. 4. Reembolso. 5. Farmácia na Internet. 6. Tribunal competente e lei aplicável. 7. Conclusão.

Introdução

A telemedicina é uma alternativa ou um complemento à prestação tradicional de cuidados médicos. Na União Europeia o documento estratégico «Uma agenda digital para a Europa» [COM(2010)245 final] estabelece a utilização generalizada da telemedicina como meta em 2020. Existem projetos de telemedicina em vários países, nomeadamente a Noruega, que dispõe de um Centro especializado que colabora com a Organização Mundial de Saúde desde 2002 enquanto unidade de pesquisa na área da telemedicina e da saúde eletrónica (*e-Health*).¹⁸³

A telemedicina consiste na prestação de serviços de saúde por meio de tecnologias da informação e da comunicação, em que o profissional de saúde e o paciente não estão presentes fisicamente no mesmo local. Envolve a transmissão de dados e informação de saúde através de textos, sons, imagens ou outros que sejam necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento de pacientes¹⁸⁴, e está presente em diversas especialidades da medicina, desde a teleradiologia à telecirurgia passando pela teleconsulta. O conceito de *eHealth* é mais amplo, abrangendo outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias *online*, as bases de dados eletrónicas e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas.

Na União Europeia, a generalidade dos Estados-Membros não dispõe de regulação específica da telemedicina. Em alguns países, nomeadamente Portugal, foram adotadas regras deontológicas sobre a utilização da telemedicina. Todavia, há países, como a Polónia, nos quais a licitude do ato médico exige a presença física simultânea do paciente e do profissional de saúde no mesmo local.¹⁸⁵ De igual modo, o quadro jurídico da farmácia *online* não está harmonizado a nível da União Europeia.

Este trabalho procura respostas para diversas questões relativas à *eHealth*, incluindo a telemedicina e a farmácia *online*, tais como a que lei está sujeita a prestação de cuidados de saúde a distância por via eletrónica, se é necessária autorização especial para exercer a atividade pela Internet, se os profissionais podem dirigir a sua atividade a pacientes de outros Estados-Membros, se os seus sítios da Internet devem cumprir alguns requisitos especiais, se podem anunciar os seus serviços na Internet, incluindo o envio de

* ROA 75: 55-78; *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira 5* (2016: 229-49).

¹⁸³ http://www.ehealthservices.eu/project_partners/nst

¹⁸⁴ Vide, da Comissão Europeia, *Commission Communication on telemedicine for the benefit of patients, healthcare systems and society*, COM(2008) 689 final.

¹⁸⁵ Cf. *Commission Staff Working document on the applicability of the existing EU legal framework to telemedicine services*, SWD(2012) 414 final, Brussels, 6.12.2012.

comunicações promocionais não solicitadas, se os contratos celebrados por via eletrónica são válidos e eficazes, se as despesas de serviços de saúde prestados por profissionais estabelecidos em outros Estados-Membros são reembolsáveis, e se é lícita a promoção e a venda de medicamentos pela Internet e em que condições.

1

1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu

A telemedicina e a farmácia *online*, na medida que envolvam serviços prestados normalmente contra remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços, são considerados serviços da sociedade da informação (SSI).² Este conceito não abrange a atividade presencial da medicina ou da farmácia, como seja prestação de serviços como o aconselhamento médico que exija o exame físico do doente, nem a entrega de medicamentos enquanto mercadorias.³

Na medida em que constituam serviços da sociedade da informação, a telemedicina e a farmácia *online* ficam sujeitas ao regime jurídico do comércio eletrónico.⁴ Rege neste domínio o país de origem, consagrado pela Diretiva 2000/31 com vista a assegurar a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.⁵ O

¹ Para uma primeira abordagem sobre a aplicação do quadro jurídico da União Europeia à telemedicina, vide SWD(2012) 414 final, e o nosso ‘Patient safety in e-health and telemedicina’, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Medicina, N.º Especial*, 2014, 95-106. Sobre o tema ver tb. Paula M. F. de Lemos Pereira, ‘Patient safety in the digital age’, *Lex Medicinæ, N.º Especial*, 2014, 171-186.

² Artigo 1.º/2 e Anexo V da Diretiva n.º 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade da informação, transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril (anexo I). Sobre a noção de serviços da sociedade da informação, vide o nosso *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

³ Nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), “As regras nacionais relativas à comercialização de lentes de contacto estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [...] na medida em que respeitam ao ato de venda dessas lentes através da Internet. Em contrapartida, as regras nacionais relativas à entrega das referidas lentes não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva.”

⁴ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Sobre o princípio do país de origem e a cláusula do mercado interno no domínio da proteção do consumidor no comércio eletrónico, cf. o nosso ‘A proteção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), 43-140.

⁵ A Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriço, contém duas referências expressas à telemedicina (arts. 3º/d e 7º/7), e estabelece que o EM de tratamento é o EM de estabelecimento do prestador de serviços (art. 4/1). Esta Diretiva consagra o direito ao reembolso de despesas de saúde efetuadas em outros EM (já antes reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nomeadamente no acórdão do de 27 de outubro de 2011, processo C-255-09, *Commission v. Portugal*), incluindo por meio de *eHealth* e telemedicina. O seu âmbito de aplicação abrange a prestação de serviços de saúde a pacientes, independentemente do seu modo de organização, prestação ou financiamento (art. 1º/2). A Diretiva 2011/24 foi transposta pela Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto. A Portaria n.º 191/2014, de 25 de setembro, define os cuidados de saúde sujeitos a autorização prévia nos termos do do art. 11º/1 da Lei 52/2014, ou seja, os cuidados de saúde transfronteiriços cirúrgicos que

princípio do país de origem significa que o acesso à, e o exercício da profissão se regem pela lei do Estado-Membro (EM), no qual o prestador de serviços está estabelecido, i.e. o local onde o prestador exerce efetivamente uma atividade económica através de um estabelecimento estável por tempo indeterminado, ficando os outros EM impedidos de exigir nova autorização prévia ou qualquer outro requisito com efeito equivalente.

Assim, o controlo é feito no país do estabelecimento, não podendo os EM, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. O controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Não se aplica a diversos domínios, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato e as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores. Por outro lado, em certas condições, os outros EM podem adotar medidas restritivas (*controlo adicional*), se forem *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores* ou da *saúde pública* (a), dirigidas a determinado serviço de saúde *online* que lese ou possa séria e gravemente lesar tais objetivos (b), e *proporcionais* a esses objetivos (c).

A adoção destas medidas restritivas fica sujeita, exceto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. O EM de destino deverá primeiro solicitar ao EM de origem do serviço que tome medidas adequadas e, no caso de não o fazer, deverá notificar à Comissão e ao EM de origem a sua intenção de tomar tais medidas. Excecionalmente, em *caso de urgência*, os EM podem adotar logo medidas restritivas, embora devam notificá-las logo que possível à Comissão e ao EM de origem, justificando a urgência da situação.¹

exijam o internamento durante pelo menos uma noite e os cuidados de saúde transfronteiriços que exijam recursos a infraestruturas ou equipamentos médicos altamente onerosos e de elevada especialização.

¹ Cf. Diretiva 2000/31, arts. 3º e 4º; DL 7/2004, arts. 3º a 7º. Cf. o nosso ‘Comércio electrónico e consumidor’, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6 (2004), p. 341-400. Tais medidas restritivas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas. O procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adotadas a nível nacional por razões de proteção de saúde pública, por ex. no que respeita à venda de medicamentos pela Internet. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão de 11 de dezembro de 2003 (C-322/01, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), sem por em causa a proibição de venda de medicamentos fora das farmácias, decidiu que a venda de medicamentos à distância não deve ser proibida relativamente a medicamentos que não carecem de receita médica, por força da liberdade de circulação de mercadorias no mercado interno. Sobre o tema, Éric Fouassier, ‘Le juge communautaire et la vente de médicaments sur Internet. Commentaire de l’arrêt CJCE «DocMorris» du 11 décembre 2003’, *Bull. Ordre phar.* Nº 382 (2004), p. 109-123). V. tb. o nosso ‘Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos’, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº 2, 2004, p. 47-8, nota 24. Mais recentemente, no acórdão de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), o TJUE decidiu que “Os artigos 34.º TFUE e 36.º TFUE, bem como a Diretiva 2000/31, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que apenas autoriza a comercialização de lentes de contacto em estabelecimentos especializados em dispositivos médicos”, sem prejuízo de reconhecer que “o Estado-Membro pode impor aos operadores económicos interessados a obrigação de disponibilizar ao cliente um óptico qualificado que lhe forneça, à distância, informações e aconselhamento individualizados em matéria de utilização e de manutenção das lentes de contacto. A prestação dessas informações e desse aconselhamento à distância pode, de resto, apresentar vantagens

Em suma, os profissionais estabelecidos em Portugal devem estar devidamente autorizados pelas autoridades competentes para o exercício da atividade no nosso país e pautar a sua atuação segundo a lei portuguesa.¹ Nos termos do referido procedimento especial de cooperação e notificação a prestação *online* de serviços de saúde poderá ser objeto de medidas restritivas por parte de outros EM, ou mesmo valendo para os prestadores estabelecidos em outros EM que dirijam as suas atividades para pacientes situados em Portugal.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirmou, por diversas vezes, que os serviços de saúde são abrangidos pela liberdade de prestação de serviços no mercado interno (Art. 56 TFUE), e além disso que, nem a sua natureza especial nem o modo como são organizados ou financiados os exclui do âmbito de aplicação desta liberdade fundamental.² Ao abrigo desta liberdade reconhece-se aos cidadãos o direito de procurar e de receber serviços de saúde em qualquer EM, independentemente de como o serviço é prestado.³ Os EM podem manter ou introduzir restrições à livre prestação de serviços apenas na medida em que sejam justificadas por razões imperativas de interesse público (e.g. saúde pública), que não excedam o que é objetivamente necessário para esse fim e que o mesmo resultado não possa ser alcançado por medidas menos restritivas (princípio da proporcionalidade).⁴ A prestação à distância de cuidados de saúde por via eletrónica, enquanto serviço, está sujeita às regras do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo que os EM só podem manter ou adotar restrições a essa atividade se respeitarem os termos da cláusula do mercado interno, incorporada pela Diretiva sobre comércio eletrónico. Em especial, parece-nos que, em princípio, os EM não podem pura e simplesmente proibir a prestação de serviços de saúde pela Internet.

Em Portugal, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁵ contém um capítulo sobre telemedicina. De um modo geral, a telemedicina não é proibida, mas deve respeitar a relação medico-paciente. Em especial, quando o paciente solicita uma consulta de acompanhamento por via de telemedicina, tal não deve substituir a relação medico-paciente e pode apenas ser prestada na condição de o médico ter uma ideia clara e justificada da situação clínica do paciente (art. 94/2). Os médicos são livres de utilizarem a telemedicina (art. 95/1) e não têm qualquer obrigação de emitir opinião à distância no caso de não terem conhecimento ou informação suficiente do paciente (art.

uma vez que permite ao utilizador de lentes de contacto formular as suas questões de modo refletido, preciso e sem ter de se deslocar para o efeito” (par. 73).

¹ Tendo em conta que, no caso da telemedicina, os serviços são prestados sem a deslocação territorial do prestador de serviços de saúde, a Diretiva 2005/36 sobre o reconhecimento das qualificações profissionais não abrangerá os prestadores de telemedicina transfronteiriça, uma vez que o seu âmbito de aplicação é limitado aos casos em que o prestador do serviço se desloca para o território do EM de destino para aí exercer a sua profissão regulamentada.

² Acórdãos do TJUE de 31 de janeiro de 1984 (C-286/82 e 26/83, *Luisi and Carbone*), de 28 de abril de 1998 (C-158/96, *Kohl*), de 12 de julho de 2001 (C-368/98, *Vanbraekel*; C-157/99, *Smits and Peerbooms*), de 13 de maio de 2003 (C-385/99, *Müller-Fauré and Van Riet*), e de 16 de maio de 2006 (C-372/04, *Watts*) – *vide* curia.europa.eu

³ Acórdão do TJUE de 10 de maio de 1995 (C-384/93 *Alpine Investments*).

⁴ Acórdãos do TJUE de 2 de março de 2011 (C-108/91 *Ker-Optika*), de 4 de dezembro de 1986 (C-205/84, *Commission v Germany*), de 26 de fevereiro de 1991 (C-180/89, *Commission v Italy*), e de 20 de maio de 1992 (C-106/91, *Ramrath*).

⁵ Regulamento N. 14/2009 de 13 de janeiro de 2009.

95/3). No caso de praticarem a telemedicina têm que se assegurar de que a equipa de trabalho tem as competências necessárias e de que os sistemas de apoio, os controlos de qualidade e os procedimentos de avaliação são adequados para controlar a qualidade e a confidencialidade da informação recebida e transmitida (art. 96 e 97).

Em suma, o Código Deontológico permite a utilização da telemedicina, na medida em que o seu modo de prestação respeite a relação medico-paciente, e a segurança e confidencialidade do paciente. A telemedicina não é proibida enquanto tal, mas os seus requisitos justificam um possível efeito restritivo à liberdade de prestação de serviços de saúde no Mercado interno. Estes requisitos aplicam-se aos prestadores de telemedicina estabelecidos em Portugal na medida em que o princípio do país de origem também se aplica às regras e orientações sobre qualidade e segurança estabelecidas pelo Estado-Membro de origem de acordo com o art. 4º da Diretiva 2011/24.

No que respeita aos serviços farmacêuticos *online*, o novo regime jurídico das farmácias¹ consagrou a possibilidade de as farmácias e os locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica dispensarem medicamentos não só através da tradicional forma presencial mas também ao domicílio e de aceitarem pedidos feitos através da Internet.

2. Informação e publicidade dos sítios de eHealth

A telemedicina e a farmácia *online*, enquanto serviços da sociedade da informação, devem cumprir os certos requisitos.² Para começar, os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e direto, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (a), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrónico que permita uma comunicação direta (b); inscrições do prestador em registos públicos e respetivos números de registo (c); número de identificação fiscal (d); informação relativa à entidade que concedeu a autorização para exercer a atividade (e); o título profissional e o EM em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão (f). Por outro lado, os profissionais de saúde devem prestar informação clara e prévia à utilização dos serviços sobre eventuais custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, implicados pela prestação dos seus serviços de saúde (DL 7/2004, art. 10º/4).

Por outro lado, enquanto membros de profissão regulamentada, os prestadores de telemedicina só podem efetuar publicidade *online* em conformidade com as regras deontológicas da profissão.³ Determinadas informações são excluídas, nos termos da

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

² Diretiva 2000/31, art. 5º; DL 7/2004, art. 10º.

³ São permitidas restrições a este princípio geral, mas uma proibição total das comunicações comerciais por parte destes profissionais é afastada não apenas pela Diretiva 2000/31 mas também pela Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno (art. 24º/1), transposta pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

diretiva e da lei sobre comércio eletrónico, do conceito de comunicações comerciais¹, a saber: as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico (1), e as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (2). Assim, não constituem publicidade os *sítios meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, i.e. que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet. Um sítio passivo de um médico ou de uma farmácia não é considerado publicidade, antes se equiparando às indicações inerentes ao exercício profissional, nomeadamente letreiros, impressos e outros documentos.

A publicidade *online* dos prestadores de serviços deve ser clara e inequivocamente identificada enquanto tal. É permitida a publicidade de profissões regulamentadas na Internet mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão, devendo as associações e organizações profissionais ser incentivadas a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial. Em vista disto, e tendo em conta o diploma do comércio eletrónico, os sítios de serviços de saúde *online* poderão incluir mensagens de natureza promocional segundo os parâmetros a definir por códigos de conduta.

A proteção dos dados pessoais e da privacidade é uma matéria sensível na saúde *online*. Pela sua natureza, a telemedicina envolve o tratamento de dados pessoais através da criação e/ou da transmissão de dados pessoais de saúde². Em especial, suscita-se o

¹ Diretiva 2000/31, arts. 6º a 8º; DL 7/2004, arts. 20º, 21º, 23º.

² A proteção dos dados pessoais é prevista como direito fundamental no artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da UE e desenvolvida pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O tratamento de dados pessoais relacionados com a saúde é proibido a menos que certas condições estejam satisfeitas. De acordo com o TJUE, a noção de dados de saúde deve ser interpretada em termos amplos de modo a abranger informação sobre todos os aspetos, tanto físicos como psíquicos, da saúde de uma pessoa (acórdão de 6 de novembro de 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist*). O grupo de trabalho sobre proteção de dados, previsto no artigo 29, desenvolveu a interpretação deste conceito recomendando que os dados de saúde deveriam abranger: quaisquer dados pessoais estritamente relacionados com o estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo de medicamentos, álcool e drogas e quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (numero de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médicos. Sobre as questões suscitadas pelo processo clínico eletrónico, regulado nos EUA pela *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 (Public Law 104-191), *vide* Article 29 Working Party Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), 2007; Vera Lúcia Raposo, ‘O Fim da “Letra De Médico”: Problemas Suscitados pelo Processo Clínico Eletrónico em Sede de Responsabilidade Médica’, *Lex Medicinæ*, nº 19 (2013), 51-78. Sobre a proteção de dados pessoais, *vide e.g.* Garcia Marques, Lourenço Martins, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, 129-313, 422-442, 330-391; Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informática - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, 82-111, 173-183; Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais - A propósito da legalização de tratamento de dados pessoais (incluindo tele vigilância, telecomunicações e Internet por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso)*, Almedina, Coimbra, 2005.

problema da utilização de dados pessoais, como o correio eletrónico, para fins de marketing direto. O envio de comunicações comerciais não solicitadas está agora regulado na Lei da proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas¹, que exige

Para uma crítica à “bicefalia de regimes”, consoante a natureza pública ou privada do prestador de serviços, na nossa legislação (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro, e Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto), vide Carla Barbosa, ‘Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico’. *Lex Medicinæ*, n.º 7 (2010), 107-140. André Gonçalo Dias Pereira, ‘Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade: uma perspectiva europeia’, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 16 (2006), e, do mesmo Autor, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015 (caps. 3 e 4 da parte III, sobre o direito à documentação e ao acesso à informação pessoal de saúde e sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada (os dados de saúde), com referência à problemática do processo clínico eletrónico). Com efeito, a lei dos dados pessoais qualifica os dados de saúde como dados sensíveis (art. 7º/1) e permite o seu tratamento, incluindo os relativos à vida sexual e os dados genéticos, mesmo sem autorização do titular, quando for necessário para efeitos de *medicina preventiva, diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos médicos*, ou *gestão de serviços de saúde*, desde que o tratamento desses dados seja efetuado por um *profissional de saúde* obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a *segredo profissional*, seja *notificado* à CNPD, nos termos do artigo 27.º, e sejam garantidas *medidas adequadas de segurança da informação* (art. 7º/4). O direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por *intermédio de médico* escolhido pelo titular dos dados (art. 11º/5). Em França a hospedagem de dados de saúde só pode ser efetuada por prestadores devidamente acreditados por um organismo do Ministério da Saúde. A lei da informação pessoal de saúde (Lei 12/2005) estabelece igualmente que o acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação (art. 3º/3). Esta lei determina que a informação de saúde pertence à pessoa a que diz respeito, sendo as unidades do sistema de saúde seus depositários, e só pode ser utilizada *para fins de prestação de cuidados* e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei (art. 3º/1). Quando aos fins de investigação, o acesso à informação de saúde pode ser facultado se for anonimizada (art. 4º/3). O titular da informação tem direito ao conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excecionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado (art. 3º/2). O processo clínico abrange qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares, devendo conter toda a informação médica disponível que diga respeito à pessoa (art. 5º/2-3). Sendo que a consulta e a edição do processo clínico cabem apenas ao médico ou sob sua supervisão a outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo (art. 5º/4-5). O responsável da unidade de saúde pelo tratamento da informação de saúde está sujeito a determinados deveres, no que respeita à confidencialidade, à segurança das instalações e dos equipamentos, ao controlo do acesso à informação, tem ainda um dever reforçado de sigilo e de educação deontológica dos profissionais (art. 4º/1). É proibido o acesso indevido de terceiros aos processos clínicos e aos sistemas informáticos que contenham informação de saúde, e são exigidos níveis de segurança que evitem nomeadamente a sua destruição, acidental ou ilícita, a alteração, difusão ou acesso não autorizado ou qualquer outra forma de tratamento ilícito da informação (art. 4º/2). Além disso, a gestão dos sistemas de informação deve assegurar a realização regular e frequente de cópias de segurança da informação de saúde (art. 4º/6; o Regulamento (UE) 611/2013 da Comissão de 24 de junho de 2013 impõe um dever de notificação em caso de violação de dados pessoais).

Por seu turno, a Lei do Acesso aos Documentos da Administração (Lei 46/2007) estabelece que o acesso a documentos nominativos que incluam dados de saúde pode ser efetuado pelo titular da informação ou por terceiro *autorizado por escrito* pelo titular ou por quem demonstre um *interesse direto, pessoal e legítimo*, suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (arts. 2º/3 e 6º/5). Ao contrário da lei dos dados pessoais e da lei da informação pessoal de saúde, que exigem a mediação do médico no acesso aos dados, no âmbito da LADAR a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico apenas se o requerente o solicitar (art. 7º). Em suma, ao abrigo desta lei, o acesso pode ser facultado a terceiro que pode dispensar a mediação do médico. Em todo o caso, o acesso não abrange notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, que são excluídos da noção de documento administrativo (art. 3º/2-a).

¹ Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas), alterada pela Lei 46/2012, de 29 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE).

consentimento prévio e expresso do assinante ou utilizador de serviços de comunicações eletrónicas, que seja pessoa singular (art. 13º-A/1). Abrange a utilização de correio eletrónico, incluindo SMS, EMS, MMS e similares. De todo o modo, o envio já é lícito se o prestador já tiver obtido as coordenadas eletrónicas de contato do paciente no âmbito de um fornecimento de produtos ou serviços, nos termos da Lei dos Dados Pessoais¹, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas, tanto no momento da respetiva recolha, como por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização (art. 13º-A/3). Em qualquer caso, a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação não pode ser ocultada ou dissimulada, por força do princípio da identificabilidade das comunicações comerciais estabelecido no art. 21º do DL 7/2004 e já antes no Código da Publicidade.² Às pessoas coletivas é reconhecido o direito de recusarem o envio dessas mensagens, devendo para o efeito inscrever-se numa lista (art. 13º-A/2).

3. Contratação pela via eletrónica

O diploma do comércio eletrónico estabelece a idoneidade da via eletrónica como meio de declaração negocial, equipara o documento eletrónico ao documento escrito, e proíbe cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores.³

A proteção do consumidor justifica, aliás, um regime especial de formação do contrato, por via de deveres específicos dos prestadores de SSI, nomeadamente a obrigação de disponibilizarem determinadas informações, mecanismos de identificação e correção de erros e deveres de aviso de receção e de confirmação da encomenda.⁴ Antes de ser dada a ordem de encomenda, o fornecedor deve disponibilizar ao consumidor dispositivos de identificação e correção de erros e disponibilizar-lhe certas informações prévias (que acrescem às previstas no art. 10º) sobre o contrato, o seu processo de celebração, arquivamento, línguas de celebração, meios técnicos de identificação e correção de erros, termos contratuais e cláusulas contratuais gerais, e códigos de conduta de que o fornecedor seja subscritor. Uma vez recebida uma ordem de encomenda, o prestador deve enviar aviso de receção para o endereço eletrónico do consumidor contendo a informação fundamental do respetivo contrato, sendo que na sequência do aviso de receção o consumidor terá que confirmar a encomenda para ela se tornar definitiva (art. 29º/5), parecendo assim que sem a confirmação o contrato não produz efeitos. De todo o modo, tanto o dever de aviso de receção como o de confirmação não são obrigatórios se houver imediata prestação em linha do serviço em cumprimento da encomenda ou se a negociação se efetuar por correio eletrónico ou meio equivalente.⁵

¹ Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (transpõe a Diretiva 95/46/CE).

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com a última alteração pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

³ DL 7/2004, arts. 25º e 26º.

⁴ DL 7/2004, arts. 27º a 29º.

⁵ Para desenvolvimentos, vide o nosso 'A via electrónica da negociação (alguns aspectos)', *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8 (2006/2007), p. 275-290.

De notar que o regime dos direitos dos consumidores nos contratos à distância¹ não se aplica a serviços de cuidados de saúde, nem ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor.

4. Reembolso

A Diretiva 2011/24 estabelece, no artigo 7, as regras gerais de reembolso de despesas de saúde realizadas em outro EM, que correm em princípio por conta do EM do paciente.

Em princípio os pacientes não precisam de autorização prévia para receber serviços de saúde em outros EM. Frequentemente o paciente paga o serviço ao prestador e depois pedir o reembolso no seu EM da quantia que receberia se o tratamento aí tivesse lugar (art. 7/4 da Diretiva 2011/24). Todavia, de modo a aliviar os encargos financeiros, os EM podem estabelecer um mecanismo de notificação prévia, de modo a que os pacientes possam saber antecipadamente e por escrito a quantia de reembolso a que terão direito (art. 9/5 Diretiva 2011/24).

Contudo, estas soluções podem ser limitadas em certas circunstâncias legalmente definidas. Por exemplo, a Diretiva estabelece uma isenção exceção geral fundada em razões extraordinárias de interesse geral (art. 7/9 Dir. 2011/24). Outra exceção está prevista no art. 8, permitindo um requerimento de autorização prévia para o reembolso de despesas médicas nomeadamente no caso de existirem sérias razões relativas à segurança e à qualidade dos serviços de saúde prestados, e que pode tornar-se uma situação habitual na telemedicina derivado aos riscos associados com este modo de prática médica. Para ultrapassar este obstáculo equaciona-se a adoção de um conjunto básico de regras comuns para a telemedicina, uma vez que a referida restrição se aplica a serviços de saúde que não forma objeto de harmonização.

O reembolso pode ser recusado se o EM de origem do paciente considerar que o tratamento em causa podia ter sido adequadamente prestado internamente, um com fundamento na exceção de interesse geral, ou ainda pela falta de autorização prévia, quando exigida. Todavia, as referidas restrições ao direito de reembolso devem ser necessárias e proporcionais e nunca podem funcionar como mecanismo de discriminação ou como obstáculo às liberdades fundamentais do Mercado interno.

5. Farmácia na Internet

O antigo regime jurídico da farmácia não previa a possibilidade de as farmácias oferecerem os seus produtos e aceitarem encomendas pela Internet. O conceito normativo de farmácia era limitado a instalações físicas com determinadas dimensões e

¹ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores).

caraterísticas, vinculadas a determinada área geográfica.¹ O novo regime jurídico das farmácias² permite a oferta e encomenda de medicamentos pela internet. O art. 9º/1 prevê a possibilidade de apresentação do pedido de medicamento por qualquer meio de comunicação, incluindo a página eletrónica na Internet de cada farmácia (oferta e encomenda *online*). Todavia, a dispensa e entrega de medicamentos ao público só pode ser efetuada pelo pessoal da farmácia nas instalações desta ou no domicílio do utente (dispensa e entrega presencial). O pessoal da farmácia compreende o diretor técnico e outro farmacêutico, e eventualmente técnico de farmácia ou outro pessoal devidamente habilitado (art. 23º e 24º).³

A utilização de página eletrónica, bem como a atividade de entrega de medicamentos ao domicílio nos referidos termos, não depende de autorização, mas está sujeita a *comunicação prévia* ao INFARMED (art. 9º/3). Sendo que “As condições e os requisitos da dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet” são regulamentadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde (art. 57º/-b; art. 9º/6).⁴ De todo o modo, a lei das farmácias estabelece algumas regras, como sejam a responsabilidade do diretor técnico da farmácia pela prestação da informação necessária à adequada utilização do medicamento, bem como o registo de cada pedido de entrega ao domicílio (art. 9º/5); e a obrigação de as farmácias disporem nas suas instalações, nomeadamente, da Farmacopeia Portuguesa, em edição de papel, em formato eletrónico ou *online*, a partir de sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED (art. 37º). Esta norma integra o sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED como parte das instalações da farmácia.⁵

A Portaria nº 1427/2007 consagra a possibilidade aberta pela lei de o pedido de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio ser feito não apenas presencialmente (nas farmácias ou nos locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica) mas também a distância através do sítio eletrónico da farmácia, de correio eletrónico, telefone ou telefax (art. 2º/1).

A dispensa de medicamentos não está sujeita a autorização especial mas depende de comunicação prévia do sítio eletrónico ao INFARMED (art. 5º/1), ao qual cabe disponibilizar em local adequado do seu sítio na Internet a lista dos endereços dos sítios da Internet que lhe forem comunicados (art. 6º).

¹ Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, e Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de agosto de 1968. Cf. o nosso ‘Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet’. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº 1, 2004, 33-42.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, e alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

³ Os deveres de assistência na dispensa e entrega de medicamentos poderão ser válidos relativamente a outros produtos que podem ser vendidos nas farmácias, como sejam produtos homeopáticos e naturais, dispositivos médicos, suplementos alimentares e produtos de alimentação especial, produtos fitofarmacêuticos, cosméticos e de higiene corporal, artigos de puericultura e produtos de conforto (DL 307/2007, art. 33º). De todo o modo, a exigência de prestação presencial dessa informação será contrária à jurisprudência do TJUE firmada no acórdão *Ker-Optika* (C-108/09, 2/12/2010).

⁴ Trata-se da Portaria nº 1427/2007, de 2 de novembro.

⁵ Sobre o sítio eletrónico como valor empresarial, *vide* o nosso ‘Empresa, comércio eletrónico e propriedade intelectual’, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coord. António Pinto Monteiro, Volume I - Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, p. 439-478.

São estabelecidas algumas condições para a dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet. Para começar, a entrega ao domicílio deve ser feita sob a supervisão de um farmacêutico, no caso de farmácia, ou de um farmacêutico ou técnico de farmácia, no caso de local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica, cabendo-lhes a responsabilidade pela informação necessária à adequada utilização do medicamento (art. 2º/2-3). A entrega ao domicílio de medicamentos está limitada ao município onde se encontra instalada a farmácia e aos municípios limítrofes, só pode ser assegurada pela farmácia ou, no caso de medicamento não sujeito a receita médica pelo local autorizado à respetiva venda, onde o medicamento é solicitado¹, e, no que toca aos medicamentos sujeitos a receita médica, deve cumprir as regras de apresentação obrigatória de receita médica (art. 3º). Quanto ao transporte, devem, ser observadas as regras de transporte previstas nas boas práticas de distribuição de medicamentos.

Por outro lado, a Portaria nº 1427/2007 estabelece requisitos específicos dos sítios eletrónicos das farmácias. Dispõe o art. 4º/1 que “As farmácias devem dispor de um sítio eletrónico, individualizado, propriedade da farmácia ou do local de venda de MNSRM, disponibilizando as seguintes informações: a) Preço dos serviços prestados relacionados com a dispensa de medicamentos e respetiva entrega ao domicílio; b) Formas aceites de pagamento; c) Área geográfica em que a farmácia assegura a dispensa ao domicílio; d) Tempo provável para a entrega dos medicamentos solicitados; e) Nome do director técnico da farmácia ou do responsável técnico do local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica.”

Os pedidos de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio efetuados nomeadamente pela Internet devem ser registados com referência à identificação do medicamento, à quantidade dispensada e ao município de entrega, devendo a referida informação ser disponibilizada ao INFARMED sempre que solicitado (art. 7º)

Quanto a saber se os sítios das farmácias podem difundir informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, a publicidade aos medicamentos de uso humano está sujeita ao regime jurídico previsto no Estatuto do Medicamento², e, subsidiariamente, no Código da Publicidade. Os titulares de Autorização de Introdução no Mercado devem remeter a publicidade ao INFARMED, competindo-lhe fiscalizá-la com vista à promoção do uso racional do medicamento e dos produtos de saúde. Em especial, é proibida a publicidade a medicamentos que não sejam objeto de uma autorização ou registo válidos para o mercado nacional e a publicidade junto do público em geral dos medicamentos sujeitos a receita médica (a) ou que contenham substâncias definidas como estupefacientes ou psicotrópicos, ao abrigo de convenções internacionais que vinculem o Estado português (b) ou sejam comparticipados pelo SNS

¹ Todavia, a Portaria possibilita que as farmácias ou os locais de venda de MNSRM partilhem conjuntamente o referido sítio eletrónico detidas, geridas ou exploradas pela mesma pessoa singular ou sociedade comercial (art. 4º/2).

² Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de setembro, alterado pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto. Por seu turno, a publicidade de dispositivos médicos regula-se pelo Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, e, subsidiariamente, pelo Código da Publicidade. A publicidade de produtos cosméticos é regulada pelo Regulamento (CE) N.º 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30/11/2009, pelo Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10/07/2013 e pelo Decreto-Lei n.º 189/2008, de 24 de setembro.

(c), salvo campanhas de vacinação efetuadas pela indústria ou campanhas de promoção de medicamentos genéricos efetuadas pela indústria desde que aprovadas pelo INFARMED. Em qualquer caso, no patrocínio de iniciativas dirigidas ao público, é proibida a menção ao nome de um medicamento, salvo se realizada nos termos do Estatuto do Medicamento (art. 152º/5).

Ora, a propósito da difusão em sítios das farmácias de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no acórdão de 5 de maio de 2011¹, que o art. 88º/1-a) da Diretiva 2001/83

“não proíbe a difusão num sítio da Internet, por uma empresa farmacêutica, de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, quando estas informações se encontram acessíveis neste sítio apenas a quem as procura obter e quando essa difusão consista exclusivamente na reprodução fiel da embalagem do medicamento, nos termos do artigo 62.º da Diretiva 2001/83, (...), bem como na reprodução literal e integral da bula ou do resumo das características do produto aprovados pela autoridade competente em matéria de medicamentos. É, pelo contrário, proibida a difusão nesse sítio de informações sobre um medicamento que tenham sido objeto, por parte do fabricante, de uma seleção ou de uma alteração que só se possam explicar em virtude de uma finalidade publicitária.”

6. Tribunal competente e lei aplicável

6.1. Nos termos do Regulamento 1215/2012², as partes são livres de designar, por acordo escrito, o tribunal competente para dirimir possíveis litígios entre si. Todavia, por razões de proteção do consumidor, a liberdade das partes é limitada quando estão em causa relações entre profissionais e consumidores. Se as partes não escolherem o foro competente, a regra geral é a da competência dos tribunais do EM de domicílio do réu. Todavia, em certas circunstâncias, um réu pode ser processado perante os tribunais de outro Estado-membro.

Em matérias de responsabilidade civil extracontratual, é competente o tribunal do local onde ocorreu ou possa ocorrer o facto danoso. Na telemedicina transfronteiriça, o local onde ocorre o facto danoso corresponde ao Estado-Membro no qual o prestador está situado quando presta o serviço (a) e o local onde o dano ocorre corresponde ao EM onde o paciente se encontra quando recebe a consulta médica ou o tratamento (b).

No domínio da responsabilidade contratual, distingue-se entre contratos apenas entre profissionais (B2B) e contratos entre profissionais e consumidores (B2C). Nos primeiros, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados (art. 7º/1). Nos segundos, só pode ser intentada uma ação contra o consumidor nos tribunais do EM do seu domicílio quando a atividade do profissional seja dirigida a esse EM ou a vários EM incluindo

¹ Proc. C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH*.

² Regulamento 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial. Revogou e substituiu o Regulamento nº 44/2001 de 22 de Dezembro de 2000.

esse (arts. 17º/1-c e 18º). Nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*¹, o TJUE clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da Internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao EM do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse EM. O Tribunal de Justiça apresenta, para o efeito, uma lista não exaustiva de tópicos, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros EM para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu EM de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros EM, etc. Para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do profissional no EM de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão, por ex. quando um consumidor português solicita serviços de telemedicina de um prestador sueco apenas disponíveis em sueco.

Se a atividade não é dirigida ao EM de domicílio do consumidor, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados. Segundo a Diretiva 2011/24, no caso da telemedicina, considera-se que os cuidados de saúde são prestados no EM de estabelecimento do prestador (art. 3/d).

6.2. Quanto à lei aplicável, o Regulamento Roma I² regula a lei aplicável a contratos civis e comerciais. Relativamente a contratos entre profissionais (B2B), a regra geral é a da liberdade de escolha, no sentido de que a lei aplicável ao contrato será a que as partes expressamente escolherem. Na falta de escolha, vale a regra supletiva para os serviços, i.e. a lei do EM da residência habitual ou país de origem do prestador de serviços (art. 4º/1-b).

Quanto a contratos entre profissionais e consumidores (B2C), as partes também são livres de escolher a lei aplicável mas o consumidor não pode ser privado da proteção que lhe é conferida pelas normas imperativas da lei do seu EM de domicílio. Na falta de escolha, a lei aplicável é ou a lei do país da residência habitual do consumidor no caso de o profissional dirigir as suas atividades para esse EM ou para vários EM incluindo esse, ou, caso contrário, a lei do EM onde o prestador tem a sua residência habitual (art. 6).

Em matéria de responsabilidade extracontratual, o Regulamento Roma II³ estabelece a regra geral da aplicação da lei do país onde ocorre o facto danoso, i.e. a lei do EM onde o paciente recebe o tratamento. Esta lei aplica-se independentemente do país no qual o facto danoso ocorreu (i.e. o EM onde o profissional de saúde se encontrava no momento

¹ Proc. C-144/09 e C-585/08, de 7 de dezembro de 2010. Sobre o tema *vide*, com indicações, o nosso ‘Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo’, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 3 (2001), p. 281-300.

² Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

³ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»).

da consulta ou do tratamento) e do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto (art. 4º/1). Todavia, em certas condições, as partes podem escolher outra lei por acordo após o facto danoso ter ocorrido (art. 14º).

No que respeita à relação entre a lei aplicável e o princípio do país de origem, o artigo 4 da Diretiva 2011/24 estabelece que a prestação de cuidados de saúde transfronteiriça deve respeitar a legislação do EM do tratamento e as normas e diretrizes sobre qualidade e segurança estabelecidas por esse Estado-Membro (art. 4º), i.e. o tratamento deve ser realizado em conformidade com a lei do país de origem do prestador. Esta solução não contraria as regras estabelecidas nos Regulamentos Roma I e II sobre a lei aplicável (art. 2ºq da Diretiva 2011/24) uma vez que a lei aplicável à responsabilidade civil pode ser de um EM diferente da do prestador de serviços. O âmbito do artigo 4 da Diretiva 2011/24 é limitado a questões de direito público, e conjuga-se com o artigo 17 do Regulamento Roma II nos termos do qual na determinação da conduta da pessoa considerada responsável devem ter-se em conta as regras de segurança em vigor no local do facto danoso, i.e. o facto gerador de responsabilidade. Por exemplo, se o EM do tratamento é Portugal por ser o país de origem do prestador de telemedicina, mas as partes escolheram o direito espanhol, este só se aplica à questão da responsabilidade civil entre as partes, embora os padrões impostos pelo direito português sejam relevantes para determinar se o cirurgião cumprir os requisitos de qualidade e segurança aplicáveis à telemedicina.

7. Conclusão

A utilização generalizada das tecnologias da informação e da comunicação em rede é uma realidade também no setor da saúde. A lei acompanha o desenvolvimento tecnológico e permite, dentro de certos limites, tanto a telemedicina como a farmácia *online*, em vista dos benefícios proporcionados pelas novas tecnologias.

Todavia, a migração para o ambiente digital, se por um lado é uma oportunidade com inegáveis vantagens, por outro é igualmente uma fonte de riscos acrescidos para direitos fundamentais dos pacientes, em especial no que respeita a matérias tão sensíveis como a proteção dos dados pessoais e da privacidade. Se o futuro da saúde passa também, em boa medida, pela Nuvem¹, a proteção dos dados pessoais e da privacidade não deverá ser remetida para o estatuto de mero custo de transação do desenvolvimento da economia digital. Antes pelo contrário é fundamental assegurar o respeito por estes direitos fundamentais, tanto ao nível do controlo de acesso, da autenticidade e

¹ Nos termos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Explorar plenamente o potencial da computação em nuvem na Europa*, COM(2012) 529 final, Bruxelas, 27.9.2012, “A «computação em nuvem» em termos simples pode ser entendida como o armazenamento, tratamento e utilização de dados em computadores remotos a que se acede através da Internet. Isto significa que os utilizadores podem controlar, mediante pedido, uma capacidade computacional quase ilimitada, que não têm de realizar grandes investimentos de capital para satisfazer as suas necessidades e que podem ter acesso aos seus dados em qualquer local através de ligação à Internet. A computação em nuvem permite reduzir substancialmente as despesas informáticas dos utilizadores e desenvolver uma grande quantidade de novos serviços. Recorrendo à computação em nuvem, as empresas, mesmo as de menor dimensão, podem penetrar em mercados cada vez maiores e as administrações públicas podem tornar os seus serviços mais atraentes e eficientes, contendo ao mesmo tempo as despesas.”

integridade, como da confidencialidade, da interoperabilidade e da segurança dos dados e das comunicações.¹

Tarefa que não se afigura fácil, num mundo sem fronteiras, marcado pelo avanço tecnológico sobre a legislação e em que se assiste à utilização em massa de dispositivos eletrónicos e aplicações de saúde, que permitem acompanhar em ‘tempo real’ o estado de saúde de cada um. Mas tarefa nem por isso impossível, para quem, como nós defende um ciberespaço subordinado à lei.²

¹ Em ordem a responder aos desafios da Nuvem em matéria de tratamento de dados pessoais e de invasões à vida privada das pessoas nos domínios dos cuidados de saúde foram elaboradas determinadas recomendações. *Vide*, por ex., Article 29 Working Party Opinion 05/2012 on Cloud Computing, 2012; Cloud Standards Consumer Council, *Impact of Cloud Computing on Healthcare*, 2012. Entre os principais riscos da Nuvem apontam-se: as falhas de segurança de informação, como quebras de confidencialidade, integridade ou disponibilidade de dados pessoais, não detetadas pelo responsável pelo tratamento (a); a transferência de dados para países sem proteção adequada de dados pessoais (b); termos de serviços que permitem ao operador da nuvem tratar os dados em desconformidade com as instruções do responsável (c); a utilização dos dados por parte dos servidores de nuvem ou terceiros associados para os seus próprios fins sem o conhecimento ou a autorização do responsável (d); a responsabilidade evanescente dos subcontratados (e); perda de controlo dos dados e do seu tratamento e incapacidade de controlar as atividades do provedor de Nuvem (f); impossibilidade de fiscalização por parte das autoridades de proteção de dados relativamente ao tratamento dos dados pelo responsável ou pelo provedor de nuvem (g) - Berlin International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Working Paper on Cloud Computing - Privacy and data protection issues* ("Sopot Memorandum"), 2014. Alguns destes problemas encontram já resposta na lei interna (*vide supra* nota 19), pese embora o tratamento destas questões ser ainda algo embrionário entre nós, quando comparado com outros países, nomeadamente o sistema Kanta finlandês – *vide* Carolina Lindqvist, *Access management and control in eHealth systems*, University of Helsinki, 2013 - <http://www.cs.helsinki.fi/u/carolili/ehealth/ehealth.pdf>

² *Vide*, com referências, o nosso ‘Direito ciberespacial: «soft law» ou «hard law»?», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III - *Direitos e Interconstitucionalidade : Entre Dignidade e Cosmopolitismo*, org. Fernando Alves Correia, Jónatas Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 685-710.

COMÉRCIO ELECTRÓNICO E DEFESA DO CONSUMIDOR*

Sumário: 1. Colocação do problema. 2. Aspectos específicos da negociação electrónica. 3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação. 4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores. 5. Direitos do consumidor no comércio electrónico. 6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de protecção. 7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor. 8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor. 9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. 10. Balanço.

1. Colocação do problema

O diploma de transposição da directiva sobre comércio electrónico¹, a julgar pelo preâmbulo, terá seguido uma abordagem intermédia no que toca à regulação do comércio electrónico. Não se trata de uma regulação *minimalista*, uma vez que não se limita a reproduzir a directiva no Diário da República: por um lado, as “categorias neutras” da directiva são integradas “nos quadros vigentes” do direito português; por outro, “aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na directiva”. Ao mesmo tempo, porém, não seguiu a via de uma abordagem *maximalista*, uma vez que se limitou fundamentalmente ao âmbito de regulação da directiva, optando “por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação”.

Soluções essas que passariam, em termos de técnica legislativa, tendo em conta experiências do direito comparado, não por mais um acto de *legislação extravagante*, mas antes pela elaboração de um Código da Informática e/ou pela alteração dos grandes Códigos, *maxime* o Código Civil. Resta saber se a solução encontrada não foi ditada

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

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

sobretudo por razões de ordem pragmática, quais sejam, desde logo, dar um sinal de transposição da directiva, tendo em conta que o prazo se encontrava já largamente ultrapassado, para assim “escapar” a mais um procedimento por não transposição de directivas.

Não obstante, poderia dizer-se que apesar de a opção do legislador não ter sido “ambiciosa” terá sido todavia “prudente”.¹ Na dúvida sobre a necessidade e oportunidade de um Código da Informática e na incerteza sobre como alterar o Código Civil, terá o legislador deixado o problema para maior amadurecimento, tendo em conta desde logo a natureza “horizontal” da regulação prevista na directiva e a necessidade de estabilização legislativa em domínios por ela tocados, como seja, nomeadamente, a protecção do consumidor. A este respeito, com efeito, se as medidas de protecção do consumidor no comércio electrónico previstas na directiva tivessem que aguardar pela aprovação do Código do Consumidor, em preparação², a transposição correria o risco de ser ainda mais retardada, agravando-se o não cumprimento da injunção comunitária. Salvo, claro está, se essas medidas de protecção tivessem já equivalente na ordem jurídica portuguesa.

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

¹ Oliveira Ascensão, embora considere que “(n)ão se cedeu à tentação de regular tudo, que transformaria este diploma básico num regulamento enciclopédico”, oferece as seguintes linhas (não sem algum paradoxo) a propósito de uma solução mais ampla e ambiciosa: “A maneira como estas matérias têm sido reguladas em Portugal, ao sabor de impulsos desencontrados resultantes normalmente de iniciativas comunitárias, é má. / Perde-se o sentido de conjunto. Há porém uma unidade muito sensível no domínio do digital. A sua repartição por vários diplomas (por exemplo, fazendo incluir aspectos relacionados com o Direito de Autor no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) não só quebra essa unidade como traz problemas de integração nesses diplomas. / Fizemos por isso a proposta de preparação dum Código de Informática, ou lei da informática, que disciplinasse conjuntamente essas matérias. Como logo previmos, a escassez dos prazos comunitários de transposição não permitiu que se avançasse já por este caminho. / Mas não podemos tomar como habitual legislar apenas sob a ameaça da cominação comunitária. É justamente em prazos livres que se deve pensar com mais profundidade nas matérias. A lei da informática permitiria rever, aprofundar e sistematizar os elementos hoje desencontrados. Do cibercrime à privacidade, tudo poderia ser contemplado. / Se se achar que é ir longe de mais, então haverá que pensar numa lei global sobre o comércio electrónico. É preciso conduzir à unidade o mundo negocial digital que anda disperso” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., pp. 110-1).

² Vide António Pinto Monteiro, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, CDC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 201 ss; Id., *A defesa do consumidor no limiar do século XXI*, *Stvdia Ivridica* 73, *Colloquia* 12, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 35 ss (Separata de *Globalização e Direito*), referindo, como novos domínios normativos de protecção do consumidor, *inter alia*, os “modernos contratos à distância, designadamente os celebrados por via electrónica” (p. 39).

comunitário relativa às restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno. Com efeito, boa parte destas “regras” pouco ou nada acrescentam.¹

É certo que, no prisma da directiva, têm o efeito de limitar a liberdade dos Estados-membros, que ficam impedidos, nomeadamente: de sujeitar a autorização prévia o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação (1), de responsabilizar os prestadores nas situações referidas na directiva e de lhes impor um dever geral de vigilância (fundamento de *culpa in vigilando*) (2), de estabelecerem um regime mais favorável em matéria de identificação da “publicidade electrónica” (3), de não reconhecerem a declaração electrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e de não aceitarem a sua equiparação ao documento escrito para efeitos de validade formal do negócio (4), e de tentarem neutralizar (ou contornar) no ambiente do comércio electrónico a referida “rule of reason” relativa às restrições da liberdade de prestação de serviços no mercado interno (5).

Além disso, aqui e ali, a directiva concretiza boa parte destes princípios mediante a previsão de critérios especiais para o comércio electrónico, sobretudo no que respeita a *aspectos de procedimento* (por ex., o procedimento a seguir em caso de adopção de providências restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e o procedimento de solução extrajudicial de litígios por via electrónica entre prestadores e destinatários dos serviços), dimensão esta que o diploma de transposição acentua inspirado em soluções do direito comparado, como é o procedimento de solução provisória de litígios relativamente à responsabilidade do prestador por serviços de armazenagem principal e de associação de conteúdos. Por essa razão, e talvez sobretudo por razões que se prendem com a criação de um ambiente favorável, em termos de certeza e segurança jurídicas para os agentes interessados no comércio electrónico, se possa justificar a via seguida pelo diploma de transposição. Ao que acresce a definição de um regime sancionatório e a previsão de entidades de supervisão, em especial uma entidade de supervisão central do regime estabelecido, a quem são atribuídos amplos poderes sobretudo em matéria de procedimentos de composição provisória de litígios.²

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

² Vide o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., p. 109. Trata-se de mais um exemplo da tendência para a «administrativização» do direito da informática, que não deixa de ser problemática. Por exemplo, a «administrativização» do tratamento de dados pessoais não apenas “não é certamente a solução desejável” (J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 211), como foi já considerada inconstitucional (vide Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 279 ss). Em matéria de nomes de domínio, não obstante a “nebulosidade da lei” (senão mesmo o seu eloquente silêncio), parece também que se adoptou “uma solução de «administrativização» do conflito entre a FCCN e o seu público (...), que pode ser vista como a manifestação de um indicio de apropriação estadual da tarefa”, existindo assim “índicios normativos de que a gestão nacional do domínio de topo .pt é uma *tarefa pública executada pela FCCN*”, no sentido de regular a sua actuação “pelos princípios e pelas regras do direito administrativo geral” (Pedro Gonçalves, *Disciplina administrativa da Internet*, in

Todavia, o aparente minimalismo formal da técnica legislativa do diploma de transposição contrasta com algum «maximalismo» substancial em termos de regime jurídico instituído. *Maximalismo* esse, que, em alguns aspectos, poderá comprometer a conformidade das soluções adoptadas com o direito comunitário, sobretudo no domínio da protecção do consumidor, para além de não ser muito sensível ao papel estratégico do direito do consumidor na regulação do comércio electrónico em termos de criação de um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento da economia digital.¹

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

Direito da Sociedade da Informação, V, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 234-5; sobre a questão da natureza dos nomes de domínio veja-se também o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXVII, Coimbra, 2001, pp. 669-671, em que sustentamos, para efeitos de competência judiciária internacional, a equiparação do registo dos nomes de domínio a um registo público).

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

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

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

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

⁵ Vide o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 9. Não obstante de gestação relativamente recente, o direito do comércio electrónico e da Internet é hoje objecto de tratamento especializado em numerosas obras e por muitos autores. Para uma lista não exaustiva, vide, em língua portuguesa: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação* (Actas do Colóquio organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), A. Pinto Monteiro (dir.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999; *Comunicação e Defesa do Consumidor* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996; *Direito da Sociedade da Informação*, Volumes I (1999), II (2001), III (2002), IV (2003), V (2004), Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra; *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* (Actas do II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos), I, II, Edições Cosmos, Lisboa, 1994; *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos* (Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual), Livraria Almedina, Coimbra, 1999; Ascensão, José de Oliveira, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001; Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação* (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, 1998; Marques, Garcia e Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000; Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Quid Juris, Lisboa, 2001; Idem, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004; Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996; *As Leis do Comércio Electrónico*, Matosinhos, Centro Atlântico, 2000; Saavedra, Rui, *A Protecção Jurídica do Software e a Internet*, SPA/ Dom Quixote, Lisboa, 1994; Monteiro, J. Sinde, *Assinatura Electrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001; Frada, Manuel Carneiro da, «Vinho Novo em Odres Velhos»? *A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, II, p.

665; Leitão, Luís de Menezes, *A Responsabilidade Civil na Internet*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Janeiro 2001; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, BFDUC, Stvdia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Idem, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, 169 pp. (actualização disponível no site da editora); Idem, *Law & Internet: Regulatory Issues of Electronic Commerce*, Coimbra, 2002/2003; Campos, Diogo Leite de, *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*, in Revista da Ordem dos Advogados, nº 58; Almeida, Ana Costa de, *Direito e Internet*, Minerva Coimbra, 2002; Casimiro, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Almedina, 2002; *O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, AA.VV., Almedina, Coimbra, Fevereiro de 2002; Marques, Ana Margarida / Anjos, Mafalda / Vaz, Sónia, *101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2001; Rainha, Paula / Vaz, Sónia, *Guia Jurídico da Internet em Portugal*, Edições Centro Atlântico, 2001; Oliveira, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002; Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003; *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, AA.VV., Edições Centro Atlântico, Matosinhos-Lisboa, 2000; Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet – A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; Manuel Lopes Rocha / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Comércio Electrónico*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; A.G. Lourenço Martins / J. A. Garcia Marques / Pedro Simões Dias, *Cyberlaw em Portugal – O Direito das tecnologias da informação e comunicação*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004. Para bibliografia em outras línguas vide, nomeadamente: Chris Reed, *Internet Law (Text and Materials)*, 2. ed., London: Butterworths, 2003; Kenneth Creech, *Electronic Media Law and Regulation*, 4th ed., Oxford; Boston: Focal Press, 2003; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2003; Kroger, Detlef, *Casebook Internetrecht: Rechtsprechung zum Internetrecht*, Berlin: Springer, 2003; *Internet Law and Regulation*, Graham J.H. Smith (ed.), 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; Christiane Feral-Schuhl, *Cyberdroit: le droit a l'épreuve de l'internet*, 3^{ème} ed., Paris: Dunod: Dalloz, 2002; Mihaly Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Michael Chissick / Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; José A. Gómez Segade (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, 2001; *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001; T. Hoeren, *Grundzüge des Internetrechts*, 2.^a ed., München, 2002; G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho Privado de Internet*, 2.^a ed., Madrid, 2001; M. Lemley / P. Samuelson, *Software and Internet Law*, 2nd ed., 2003; *Internet and E-Commerce Law: Cases and Materials*, A. Fitzgerald / B. Fitzgerald (eds.), 2002; Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000; Bensoussan (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 1996; Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, 1997; Sédallian, *Droit de l'Internet*, 1997; Piette-Coudol / Bertrand, *Internet et la loi*, 1997; K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998; Hoeren, *Rechtsfragen des Internet*, 1998; T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998; J. Ribas Alejandro, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999; N. Härtling, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999; L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000; C. Heath/A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001; Spindler / Börner (eds.), *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Springer, 2002; Georgios Gounalakis / Lars Rhode, *Personlichkeitsschutz im Internet: Grundlagen und Online-Spezifika*, Munchen: Verlag C.H. Beck, 2002; *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, (Hrsg.) Hans-Werner Moritz / Thomas Dreier, Koln: O. Schmidt, 2002; Lawrence Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, New York: Vintage Books, 2002; Brian Fitzgerald / Anne Fitzgerald, *Cyberlaw: cases and materials on the internet, digital intellectual property and electronic commerce*, Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2002; *Selected legal issues of e-commerce*, (eds.) Toshiyuki Kono / Christoph G. Paulus / Harry Rajak, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2002; Raymond S.R. Ku, Michele A. Farber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace law: cases and materials*, New York: Aspen Law & Business, 2002; Andre Lucas / Jean Deveze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001; *Law and the internet: a framework for electronic commerce*, 2nd ed., Lilian Edwards / Charlotte Waelde (eds.), Oxford; Portland: Hart, 2000; *Transnational cyberspace law*, (ed.) Makoto Ibusuki, Oxford: Hart, 2000; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 2. vollig neubearbeitete und erw. Auf., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2000; Pierre Breese, *Guide juridique de*

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

2. Aspectos específicos da negociação electrónica

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

Por outro lado, é consagrado o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito (art. 26.º), o que não significa uma derrogação ao princípio da

l'internet et du commerce électronique (col. de Gautier Kaufman; pref de Jean-Jacques Martin), Paris: Vuibert, 2000; Terry R. Broderick, *Regulation of information technology in the European Union*, London; Boston: Kluwer Law International, 2000; Andre Bertrand / Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, 2^{ème} ed. mise a jour, Paris: PUF, 2000; L.J.H.F. Garzaniti, *Telecommunications, broadcasting, and the Internet: E.U. competition law and regulation*, London: Sweet & Maxwell, 2000; John Dickie, *Internet and electronic commerce law in the European Union*, Oxford; Hart, 1999; Susan Singleton / Simon Halberstam, *Business, the internet and the law*, Croydon: Tolley, 1999; Patrick G. Mayer, *Das Internet im öffentlichen Recht: unter Berücksichtigung europarechtlicher und volkerrechtlicher Vorgaben*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; Denis Kelleher / Karen Murray, *IT law in the European Union*, London: Sweet & Maxwell, 1999; Carsten Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet: zur Frage des anzuwendenden Urheberrechts bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen*, Baden-Baden: Nomos, 1999; Thorsten Finke, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, Tübingen: Medien Verlag Kohler, 1998; *Copyright in the new digital environment: the need to redesign copyright*, (eds.) Irini A. Stamatoudi / Paul L.C. Torremans, London: Sweet & Maxwell, 2000; *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, WIPO, 2000; *Commerce électronique et propriétés intellectuelles / Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois*, Paris, 7 novembre 2000, Paris: Librairies Techniques, 2001; *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, (ed.) P. Bernt Hugenholtz, The Hague; London: Kluwer Law, 2000; *The Internet and authors' rights*, (ed.) Frederic Pollaud-Dulian, London: Sweet & Maxwell, 1999; *Intellectual property law in cyberspace*, G. Peter Albert, Jr. and Laff, Whitesel & Saret, Ltd., Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1999; *Intellectual property and information law: essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, (eds.) Jan J.C. Kabel / Gerard J.H.M. Mom, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998; *International information technology law*, (gen ed.) Dennis Campbell; ed. Susan Cotter, Chichester, West Sussex, England; New York: J. Wiley & Sons, 1997.

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

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

liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil). Trata-se apenas de considerar que os documentos electrónicos são havidos, reunidas certas condições, como documentos escritos. Pelo que se a lei exigir um documento escrito para a validade ou eficácia do negócio, o documento electrónico satisfará esse requisito.¹ Aliás, o documento electrónico ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada certificada por entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena (*vide infra*).

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

¹ Miguel Pupo Correia, in *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos - Lisboa, 2000, p. 49 (o “documento não deixa de ser escrito por se encontrar num ecrã”; ou talvez também por se encontrar na memória de um computador).

² *Vide*, por todos, Carlos A. da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 441 ss. Quanto a saber se a posição do prestador deve ser entendida como simples convite a contratar ou já como proposta contratual, sustenta-se que a “lei portuguesa toma uma posição prudente. Não pretende resolver exaustivamente a questão, embora coloque o acento na presença na mensagem de todos os elementos necessários à conclusão do contrato. / Daqui resulta que tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta, na ausência de elementos intrínsecos que a degradem a mera solicitação de ofertas. (...) Mas só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 113). Não obstante, nas relações com consumidores parece que o prestador deverá encontrar-se numa situação de oferta ou proposta contratual, ao menos no que respeita aos contratos abrangidos pelo art. 4.º do regime dos contratos à distância. Além disso, o prestador que anuncie os seus bens por correio electrónico terá que respeitar, em nosso entender, os requisitos previstos no art. 23.º do Código da Publicidade (cf. o nosso *Comércio electrónico*, cit., p. 94), colocando-se desse modo, em princípio, numa posição de proposta contratual. De resto, a teoria do simples convite a contratar, ao menos nas relações com consumidores, é contestada na nossa doutrina, entendendo-se que “(n)ão há (...) motivo que sustente aquela orientação, porque a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa a desprotecção do público” (José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60).

Note-se que a posição que sustentámos sobre a aplicação do art. 23.º do Código da Publicidade à publicidade por correio electrónico foi contestada por Celso António Serra, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, pp. 539-40, defendendo que a caixa de correio electrónico não poderá entrar no conceito de domicílio (apoiando este entendimento por lhe parecer “muito forçada” a qualificação como publicidade domiciliária da publicidade por correio electrónico, Luís Menezes Leitão, *A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (SPAM)*, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., p. 210), não obstante o A. considerar “incompreensível” a exclusão do correio electrónico operada pelo art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, sobre publicidade domiciliária (p. 545). Contudo, tendo em conta o pressuposto de que parte - não poder o correio electrónico entrar no conceito de domicílio aqui relevante -, tal deveria ser, afinal, “compreensível”, uma vez que não se trataria, desde logo, de publicidade domiciliária... De resto, o autor apoia-se na opinião de Paulo Mota Pinto, nos termos da qual a publicidade por correio electrónico “não se pode dizer propriamente entregue no domicílio do destinatário”, entendendo porém que os “problemas próprios” que suscita a publicidade por correio electrónico “poderão em certos pontos merecer uma resposta semelhante à que vale para a publicidade domiciliária por correspondência ou entregue directamente, e para a publicidade por telefone e telecópia” (*Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”)*, BFD 74 (1998), pp. 275 – sustentando, aliás, que, “quando consideramos a publicidade domiciliária como aquela que é entregue no *domicílio* do destinatário não empregamos esta expressão com um sentido técnico-jurídico estrito, adequado apenas à residência particular de consumidores, que sejam, além disso, pessoas singulares. (...) para o efeito de qualificação como publicidade domiciliária,

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

Esta exigência de confirmação poderia interpretar-se como sendo uma “mera cautela técnica” destinada a regular a “exactidão das comunicações” ou “assegurar a certeza das comunicações”.¹ Todavia, tal interpretação do valor jurídico da exigência de

este conceito de domicílio é irrelevante” – p. 277), parecendo, nessa medida, confortar a nossa interpretação extensiva do art. 23.º do Código da Publicidade. Note-se, ainda, que, nos termos do art. 22.º, 1, do diploma do comércio electrónico, o envio de comunicações de marketing directo não solicitadas por via de aparelhos de chamada automática, telecópia ou correio electrónico carece de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa individual. Significa isto que a lei equiparou expressamente o correio electrónico aos aparelhos automáticos de telefone e de telecópia, pelo que sendo estes meios adequados para efectuar “publicidade domiciliária” nos termos da Lei n.º 6/99, parece que a noção de domicílio relevante no direito publicitário abrangerá também, agora expressamente, o correio electrónico. De resto, se o correio electrónico fosse já antes de todo irrelevante para a noção de domicílio do direito publicitário, então a sua exclusão não faria muito sentido. Pelo contrário, parece-nos que justamente a relevância potencial do correio electrónico para a noção de domicílio no direito publicitário terá obrigado à sua exclusão do âmbito de aplicação da referida lei, porventura em atenção aos “problemas próprios” suscitados por este meio de comunicação. Tal não significa, todavia, que a exclusão do correio electrónico da lei da publicidade domiciliária implique, mais ou menos automaticamente, a sua exclusão do regime geral da publicidade domiciliária previsto no Código. Poderia argumentar-se que a lei da publicidade domiciliária terá concretizado a noção de domicílio no direito publicitário, no sentido de abranger a publicidade por telefone e por telecópia, mas já não o correio electrónico. Assim, a explicitação desta noção de domicílio constante da lei especial deveria ser alargada a todo o direito publicitário, o que teria o efeito de não aplicar o regime do art. 23.º do Código à publicidade por correio electrónico. Esta via interpretativa assenta, porém, em pressupostos que não seguimos. Primeiro, parece fazer depender unicamente do legislador o esclarecimento dos conceitos legais. O intérprete não seria, por isso, mais do que “la bouche de la loi”, na célebre expressão de Montesquieu. Segundo, ou não reconhece que o art. 23.º do Código da Publicidade é uma norma aberta, no sentido de se aplicar a “qualquer meio” de entregar publicidade no domicílio do destinatário, ou então nega ao correio electrónico a sua aptidão para o efeito (o que não será razoável, mesmo adoptando uma interpretação muito restritiva de domicílio). Terceiro, ao rejeitar-se liminarmente a aplicação do art. 23.º por não se subsumir o correio electrónico à noção (restritiva) de domicílio opera-se em termos puramente formais, sem sequer se cuidar de saber se as razões justificativas desta norma procedem também no caso do correio electrónico. Da nossa parte, o juízo de procedência é positivo e por isso defendemos a sua aplicação. E isto por duas razões: ora para proteger os destinatários de publicidade por correio electrónico, ora para salvaguardar o valor da publicidade enquanto importante instrumento de concorrência que por via do *spam* se degrada. Com efeito, a prática do *spam* baseia-se no seu baixo custo, não havendo “restrições ao número de mensagens de correio electrónico que pode ser enviado com a utilização de apenas uma linha telefónica” (L. Menezes Leitão, *Distribuição*, cit., p. 220). Pelo que, a aplicação da referida norma servirá para dar protecção ao destinatário, nomeadamente o consumidor, e impedir a destruição do valor económico da publicidade por correio electrónico, que é um factor importante para que a Internet “se continue a desenvolver como espaço comercial” (Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., 2004, p. 309). Sobre o «spam» v. tb., por ex., T. Hoeren, *Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schaffer Poeschel, 1997, p. 114.

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

confirmação não é unânime¹, para além de indiciar a “fraca confiança do legislador” nos meios electrónicos, porventura justificada pelo défice informativo dos consumidores relativamente ao ambiente cibernético e ao *modus operandi* da Internet.² Assim, poderá sustentar-se que tal exigência se justifica por razões de protecção dos consumidores no comércio electrónico, traduzindo-se na introdução de um critério especial relativo ao momento da conclusão dos contratos electrónicos de consumo. O que, de resto, só dará alguma razão ao entendimento de que se trata aqui de “uma forma de contratação que escapa aos cânones clássicos”.³ Neste sentido, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”.⁴

A questão do momento da celebração do contrato não é, de resto, uma questão puramente teórica.⁵ Ao exigir a confirmação da encomenda como requisito da sua definitividade parece a lei estabelecer um critério especial para os contratos electrónicos de consumo. Com efeito, qual será o valor de uma encomenda não confirmada? Poderá o vendedor exigir ao consumidor o cumprimento do contrato nos casos em que este não confirme a encomenda?

Assim como não nos parece que esta exigência “nada traz de novo”, também não consideramos a exigência de confirmação como uma espécie de «direito de arrependimento», que permitiria ao consumidor libertar-se do contrato não confirmando a encomenda. Perante o teor literal da norma relativo à exigência de confirmação, é sustentável que o contrato só se celebra “à segunda” e não logo no momento da aceitação inicial.⁶ Com efeito, não se compreende muito bem como poderá o consumidor ficar vinculado a uma encomenda meramente provisória, a valer em princípio como aceitação. Neste sentido, não apenas o fornecedor não ficaria logo vinculado aos termos apresentados na sua “loja electrónica”, podendo verificar, por ex., as existências de estoque ou o crédito do consumidor, como também o consumidor teria ainda a possibilidade de não celebrar o negócio, não confirmando a encomenda. Por outras palavras, a exigência de confirmação da encomenda por parte do consumidor traduzir-se-ia numa exigência de «duplo-consenso», um primeiro ainda provisório (para ambas as partes) e um segundo já definitivo.

¹ Sustentando que “o diploma reclama um *segundo acto, de confirmação*, pelo consumidor. Se este não responder, não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”, Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 429.

² Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 131, 67.

³ J. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Estudos sobre Direito da Informática e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, p. 54.

⁴ J. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 9.

⁵ Sobre o relevo normativo do momento da celebração *vide*, por ex., Carlos Rogel Vide, *En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos via Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra Editora, 2001, p. 60.

⁶ Cfr. o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., pp. 96-7, 101.

Não obstante, tendo em conta que a configuração normativa do fornecedor o coloca tipicamente em situação de oferta contratual¹ (o que implica a sua vinculação à proposta² – art. 230.º, 1, do Código Civil), mais seguro nos parece dizer que se trata antes de uma condição suspensiva de perfeição do contrato, que porém retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil).³ Nesta linha de raciocínio, o contrato seria concluído à primeira, ainda que condicionado à confirmação da encomenda. Caso o consumidor não procedesse à confirmação, então não se verificaria a condição de conclusão do negócio, tudo se passando “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”⁴ De todo o modo, não nos parece que a exigência de confirmação seja uma mera “cautela técnica” que “nada traz de novo”, pelo que não será de todo irrelevante para o problema do momento da celebração do contrato.

Além disso, esta regra especial, que parece fundar-se em razões de protecção do consumidor, pode ser derogada, nos casos em que o bem ou serviço é prestado na sequência directa da ordem de encomenda, sem necessidade portanto de confirmação de aceitação (art. 29.º, 2). Nestes casos, típicos do chamado comércio electrónico directo, o contrato deve considerar-se incondicionalmente concluído logo no momento da

¹ Defendendo já esta solução para as televendas (incluindo pela Internet) e a sua sujeição ao regime das vendas por correspondência (Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro, entretanto revogado pelo regime dos contratos à distância aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), António Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, coord. A. Pinto Monteiro, IFC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 155-7.

² Mas não prejudica, a nosso ver, que o fornecedor aponha uma condição suspensiva à transacção, nos termos da qual fica condicionada à existência em stock ou ao crédito do consumidor.

³ Tratar-se-á de uma condição legal ou *conditio iuris*, i.e., imposta por lei: *vide* Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 359. Neste caso seria uma condição suspensiva potestativa e arbitrária; enquanto condição legal, será uma condição imprópria, que todavia não impedirá que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes, incluindo o consumidor, actuar segundo os ditames da boa-fé de modo a não frustrarem as legítimas expectativas geradas (*vide* Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 556 ss).

⁴ Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 382. Sem prejuízo, todavia, de eventual responsabilidade pela confiança decorrente de «*culpa in contrahendo*», resultante da violação de deveres impostos pela boa-fé (art. 227.º), que também devem ser observados na pendência da condição (art. 272.º) – quanto a isto, na prática, as diferenças entre o contrato ser celebrado logo no momento da aceitação inicial ou só posteriormente, “à segunda”, com a confirmação da encomenda na sequência do aviso de recepção, poderão ser pouco significativas, pois que, em qualquer dos casos, parece que só será ressarcível o dano contratual negativo pela confiança, resultante da violação dos ditames da boa-fé. Note-se, porém, que tratando-se de condição imprópria (legal), de natureza potestativa e arbitrária, ficará inteiramente ao critério do consumidor confirmar ou não a encomenda, pelo que o risco negocial impende principalmente sobre o fornecedor. De todo o modo, se o consumidor praticar comportamentos abusivos que causem inconvenientes ou incómodos à outra parte, perturbando o regular funcionamento da sua “loja electrónica”, poderá ser responsabilizado nos referidos termos, ou eventualmente por abuso de direito (art. 334.º do Código Civil). Além disso, o contacto negocial que teve com o prestador ao elaborar a encomenda – que todavia não confirmou – será relevante, nomeadamente, para efeitos de licitude de tratamento de dados pessoais e envio de mensagens publicitárias pelo prestador nos termos do art. 22.º, 3, do diploma. A propósito do tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das telecomunicações, note-se que a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, foi revogada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

aceitação inicial da proposta, representando a prestação do bem já o cumprimento do contrato¹, salvo tratando-se de contrato real *quoad constitutionem* (por ex., depósito de programa de computador), em que o contrato se celebra no momento da entrega do bem.² Com efeito, o negócio jurídico electrónico apresenta certas especificidades, no que respeita aos contratos reais.³ Quanto aos contratos reais *quoad effectum*, é de destacar que o documento electrónico não substitui a escritura pública, quando esta seja exigida para a validade do negócio. É o que sucede, nomeadamente, no contrato de compra e venda de bens imóveis. Ademais, quanto aos contratos reais *quoad constitutionem*, (ainda) não é possível a entrega electrónica de bens corpóreos, pelo que esses contratos (por ex., comodato) não se poderão constituir por via electrónica quanto tenham bens corpóreos por objecto. Todavia, se o bem for incorpóreo, já é de admitir essa possibilidade (por ex., depósito de software por via electrónica).

3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação

Aspecto importante na negociação electrónica é a aposição de assinaturas nos documentos electrónicos.⁴ Estas assinaturas podem (e, para certos efeitos, devem) ser certificadas por empresas. Mas o que são as empresas de certificação? E que relação têm com as assinaturas? Deixaremos um brevíssimo apontamento sobre o regime legal da assinatura electrónica e sua certificação e, seguidamente, consideraremos um grupo

¹ Para uma crítica à solução inicialmente proposta para o momento da celebração do contrato, veja-se o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, p. 977 (notando que, segundo essa proposta inicial, em certas circunstâncias, “o contrato só se consideraria celebrado no momento da prestação do serviço”, pelo que se o destinatário “tivesse já pago electronicamente o serviço, estaria a realizar uma prestação relativa a contrato futuro, o qual só se celebraria com a prestação em linha do serviço”).

² O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º). Quer esta situação quer aquela da negociação directa mediante páginas da Internet distinguem-se da contratação automatizada, isto é, sem intervenção humana. Ambas fazem parte da contratação electrónica, ali em sentido estrito aqui já em sentido amplo, pois que não apenas está em causa a manifestação das declarações de vontade mas também já a sua produção (cfr. Paula Costa e Silva, *Contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., 2003, pp. 289-90). Para as situações de contratação automatizada, a lei do comércio electrónico dispõe (art. 33.º) a aplicação das regras do erro na formação da vontade em caso de erro de programação (1), do erro na declaração em caso de defeito de funcionamento da máquina (2), e do erro transmissão em caso de a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Note-se, porém, que na aquisição de bens através de páginas da Internet o contrato electrónico pode ser unilateralmente automatizado, sobretudo da parte do fornecedor. Vale isto por dizer que a contratação automatizada significa a emissão automatizada de declarações de vontade, podendo ser unilateral ou até bilateral. Nestas situações, “o computador irá conformar a declaração” segundo “as instruções pré-ordenadas”, o que todavia não parece que deva ser entendido como o “abandono da doutrina da vontade” (António Pinto Monteiro, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 233).

³ Para uma distinção entre contratos reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*, vide, por todos, Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 400, em nota.

⁴ A utilização do termo assinatura é susceptível de contestação. Em especial, a função declarativa da assinatura autografa mediante assunção da paternidade do documento assinado não se atribuiria a uma característica física do signatário, mas antes à titularidade de um mecanismo tecnológico. Por isso, quando muito em sentido “metafórico” seria correcto utilizar o termo assinatura (cfr. Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 854, com mais referências). Este entendimento não é, porém, isento de reparos. Basta pensar que uma das espécies de assinatura electrónica é a impressão digital ou a retina, justamente características físicas do signatário.

de casos – a promessa electrónica (obrigacional) de compra e venda de imóvel -, em que se manifesta mais um exemplo do «maximalismo» substancial do regime do comércio electrónico.

No direito português, o regime das assinaturas electrónicas¹ regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas electrónicas, atribui o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade pública, e define os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, o diploma não sujeita a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas electrónicas, embora preveja um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança.

Assim, por um lado, relativamente à validade das assinaturas electrónicas, quem utilizar uma assinatura electrónica para provar que assinou um documento electrónico

¹ Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, e pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho. No essencial, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, destinam-se a colocar o diploma interno em conformidade com a directiva das assinaturas electrónicas (sobre a divergência anterior, vide Jorge de Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu – Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto – Lei n.º 290 – D/99, de 2 de Agosto)*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3918, 2001, pg. 262 ss; sobre a Directiva v. tb., por ex., Éric Caprioli, *La directive européenne n.º 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Gaz. Pal. 29-31/2000, p. 5 ss). A directiva sobre assinatura electrónica segue uma “abordagem tecnologicamente neutra, que se articula em dois níveis de assinatura electrónica”, simples e avançada, se bem que esta última corresponda fundamentalmente, face ao estado actual da tecnologia, à assinatura digital (cfr., por ex., P. Van Eecke / J. Dumortier, *A Common Legal Framework for Electronic Signatures within the European Union, Electronic Commerce & Law Report*, 1999, pp. 1201 e 1204; Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 868). Por essa razão, embora a nossa lei interna refira ainda a noção de assinatura electrónica qualificada à assinatura digital, admite como tal “outra modalidade de assinatura electrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura” (art. 2.º-g). Em todo o caso, as anteriores referências à assinatura digital são substituídas por referências às assinaturas electrónicas avançadas e qualificadas; de igual modo, as referências às chaves públicas e privadas são substituídas pelas expressões “dados de criação de assinatura” e “dados de verificação de assinatura” (ver, por exemplo, arts. 3.º, 2, 6.º, e 7.º, 1). Além disso, são introduzidas novas definições no art. 2.º de acordo com o glossário da directiva (por ex., dispositivo de criação de assinaturas e dispositivo seguro de criação de assinaturas). Depois, aos organismos de certificação é atribuída a certificação e avaliação de conformidade dos produtos de assinatura electrónica utilizados na prestação de serviços de assinaturas electrónicas qualificadas pela entidade de certificação (art. 37.º). Por outro lado, é estabelecido um registo meramente declarativo junto da autoridade credenciadora relativamente às entidades de certificação que emitam certificados qualificados em ordem a assegurar um melhor e mais amplo controlo destas entidades pela autoridade credenciadora, pelos titulares de certificados e terceiros (art. 9.º, 2). Ademais, os deveres das entidades de certificação que emitem certificados qualificados são reforçados de modo a cumprir o anexo II da directiva (veja-se o art. 24.º relativo aos deveres da entidade certificadora que emite certificados qualificados). Alterados são também os deveres de informação à autoridade credenciadora das entidades de certificação que emitem certificados qualificados (art. 32.º), sendo de notar em especial que as entidades estão sujeitas a auditoria por um auditor de segurança que está sujeito a certos requisitos e deve elaborar um relatório à autoridade credenciadora (art. 33.º). Finalmente, de referir ainda, por exemplo, que as disposições relativas aos certificados provenientes de outros Estados-Membros são alteradas de modo a assegurar a livre circulação de produtos de assinaturas digitais no mercado interno, na medida em que obedeçam aos requisitos da directiva (art. 38.º).

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

Por outro lado, no que toca às certificadoras electrónicas, o regime dos prestadores de serviços de certificação assenta no princípio da liberdade de acesso e acreditação (ou credenciação) voluntária (art. 9.º). A autoridade credenciadora prevista no art. 40.º é o ITIJ (Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça)¹, o qual é assistido por um organismo de natureza consultiva, o Conselho Técnico de Credenciação.²

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

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

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

No exercício da sua actividade, a entidade de certificação deve cumprir certos deveres previstos no art. 24.º, nomeadamente proceder à publicação imediata da revogação ou

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

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

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

suspensão dos certificados (al. p)¹. A entidade de certificação responde civilmente pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros em consequência do incumprimento culposo dos seus deveres legais, sendo nulas as convenções de exoneração e limitação dessa responsabilidade (art. 26.º).

O diploma da assinatura electrónica regula ainda os certificados no que respeita à sua emissão (art. 28.º), conteúdo dos certificados qualificados (art. 29.º), sua suspensão e revogação (art. 30.º), bem como as obrigações do seu titular (art. 31.º). Um outro aspecto de regime a considerar é o facto de as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada em outro Estado-membro serem equiparadas às assinaturas electrónicas qualificadas certificadas de acordo com a lei portuguesa (art. 38.º, 1).

4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores

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

Suponha-se que uma empresa imobiliária tem um site na Internet, que disponibiliza informação sobre edifícios (e fracções autónomas) com demonstrações multi-media e, além disso, permite a celebração por via electrónica de contratos de arrendamento e de contratos-promessa de compra e venda relativos a esses imóveis.² Serão tais contratos válidos e providos de força probatória?

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

Para começar, o direito privado português rege-se pelo princípio da liberdade de forma no que respeita à validade (formal) da declaração negocial (art. 219.º CC). Todavia, em certos casos, a lei prevê excepções a este princípio, exigindo documento escrito para a

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

² Debatermos esta hipótese de trabalho na comunicação apresentada na Conferência “O Papel do Notário na Prevenção de Litígios e Defesa dos Direitos dos Consumidores”, realizada no dia 28 de Março de 2003 no Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob organização da Associação Portuguesa de Notários. Vide o nosso *Notários, certificadores e comércio electrónico*, in *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, Fabio Luiz Gomes (Org.), Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2004, pp. 5-21.

validade do contrato.¹ Além disso, “quando a lei exigir, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior” (Código Civil, art. 364º, 1).²

Ora, no caso em consideração a lei exige documento escrito assinado com reconhecimento presencial das assinaturas. Levantam-se aqui três questões. Primeira, o documento electrónico vale como documento escrito? Segunda, qual é o seu valor probatório? Terceira, se o valor probatório do documento electrónico for equivalente ao documento com reconhecimento presencial das assinaturas poderá a certificação do primeiro substituir ou tornar dispensável o reconhecimento presencial no segundo, entendendo-se que se trata apenas de uma formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*?³

A este respeito importa considerar, em primeiro lugar, que a directiva sobre comércio electrónico obriga os Estados-Membros a configurarem os respectivos sistemas legais de modo a que o regime dos contratos respeite o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos⁴. Assim, em princípio, é retirada aos Estados-membros

¹ A sanção geral para a inobservância da exigência legal de forma é a nulidade (Código Civil, art. 220.º).

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

³ Sobre a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem vide*, por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 145 ss; Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., p. 435.

⁴ Esta prescrição do direito comunitário respeita apenas aos requisitos legais, já não “aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos” (cons. 37). Mas não é de todo juridicamente irrelevante, já que os contratos reais *quoad constitutionem* se consideram apenas celebrados com a realização de um modo que se traduz na entrega da coisa. E as coisas corpóreas não podem, pelo menos por enquanto, ser entregues por via electrónica. Já quanto às coisas incorpóreas sustentamos entendimento diverso, apesar de a orientação comunitária considerar que se trata apenas e ainda de actos de prestação de serviços. Por exemplo, um programa de computador é uma coisa incorpórea que pode ser entregue em linha por via electrónica, não mudando a sua natureza em virtude da transmissão electrónica (para desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Stvidia Iuridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 591-9, nota 995 – no domínio dos direitos de autor na «sociedade da informação», refira-se, a talho de foice, que a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC). Por outras palavras, o *software*, enquanto coisa incorpórea, não se transforma em serviço por ser entregue em linha por meios electrónicos, assim como não se converte em produto por ser entregue num suporte material (por ex., disquete ou CD). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as outras coisas incorpóreas. Pelo que se a lei circunscreve um determinado regime aos bens móveis corpóreos (por ex., a responsabilidade do produtor) a sua aplicação às coisas incorpóreas (por ex., um programa de computador) estará em princípio vedada (cf., porém, Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., pp. 251-2). Será por isso necessário apurar mais cautelosamente as razões justificativas desse regime e aferir da sua procedência para as coisas incorpóreas, de modo a que se justifique a emenda à restrição legal, ao invés de se seguir uma argumentação puramente conceptual. Além disso, deverá ter-se em conta que a aplicação de um tal regime poderá colidir com valores fundamentais inerentes às coisas incorpóreas. Pense-se, por exemplo, no que seria a subordinação da liberdade de criação e difusão literária, artística e científica a um regime de responsabilidade do produtor, responsabilizando-se o editor não apenas por *culpa in vigilando*, mas

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

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

Em face disto, parece que a validade do contrato-promessa em análise não poderia ser prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por meios electrónicos.⁴ Porém, como referimos em nota, o considerando 36 da directiva parece ainda acrescentar às excepções permitidas “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou

também pelos “defeitos” das obras ao nível das suas ideias e concepções em termos de não ser segura a sua utilização pelo público. Para além de protecção económica (do consumidor, claro está, enquanto agente económico), serviria tal lei, com proveito, o protecção político e cultural. Sendo certo que muito do que hoje é criativo exprime-se em software, através das artes digitais. Claro que o software é um caso muito problemático, em razão da sua «natureza híbrida». Mas o mesmo vale para as obras literárias em geral: tanto há livros de poesia, como manuais técnicos de instruções. Onde traçar a linha? Caso a caso, claro está. Assim como há software e software, também há livros e livros. Não deixam ambos de ser coisas incorpóreas. E também não é por isso que devem ser automaticamente excluídos ou incluídos em regimes cujo âmbito de aplicação literalmente não os abrange. De todo o modo, da nossa parte, há muito que colocamos reservas à aplicação do regime da responsabilidade (objectiva) do produtor ao software, enquanto tal – bem como às demais coisas incorpóreas –, não obstante reconhecermos a sua «natureza híbrida» (cf. *Contratos de software*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio aos alunos do Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996)*, Coimbra, 1996). Não significa isto recusar liminarmente tal possibilidade, antes apenas formular uma posição de princípio. De resto, sendo a questão muito problemática, não deixa de ser significativo que o legislador, por via de imposição comunitária, altere a lei para incluir os produtos da caça, mas já nada diga a propósito das coisas incorpóreas, nomeadamente o *software*.

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

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

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

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

autenticação notariais” (36, *in fine*). Isto levanta várias questões. Desde logo, qual é o valor normativo dos considerandos da directiva? A nosso ver poderão ter importância em sede de interpretação dos preceitos consagrados, mas não são, enquanto tais, disposições do acto comunitário. Depois, importa ainda esclarecer se a sujeição legal a reconhecimento ou autenticação notariais surge aqui enquanto requisito de validade do negócio ou antes apenas como sua condição de eficácia probatória, retomando-se a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*.

A este propósito cumpre referir que a lei interna do comércio electrónico plasma o referido princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica, impedindo que a sua validade ou eficácia “seja prejudicada pela utilização deste meio” (art. 25.º, 1). Em derrogação ao princípio, o diploma acolhe todas as excepções permitidas pela directiva e estabelece em forma de lei as explicitações constantes do considerando 36 no que respeita aos contratos que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exercem poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros, e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais (art. 25.º, 2-b).¹ Isto é, a lei interna fez norma do considerando da directiva. Significa isto que a promessa de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios electrónicos?

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

A este respeito interessa referir que a lei interna não apenas prescreve o princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica como ainda estabelece o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito, dispondo que “as declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma

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

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

escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (art. 24.º, 1), mais se acrescentando que “o documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação” (art. 24.º, 2). Nos termos do diploma sobre assinatura electrónica e certificação, o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como documento escrito (art. 3.º, 1); além disso, se lhe for aposta uma assinatura electrónica qualificada, isto é, através de utilização de uma chave privada cuja correspondente chave pública conste de certificado público emitido por entidade certificadora credenciada, o documento electrónico é equiparado ao documento particular assinado, fazendo prova plena do seu conteúdo e gozando das presunções de que a aposição da assinatura foi do respectivo titular ou seu representante, de que a mesma foi feita com a intenção de subscrever o documento e de que este não sofreu alteração posterior (art. 3.º, 3, art. 7.º, 1, e art. 376.º CC)^{1, 2}

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

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

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

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

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

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

Talvez por isso, o diploma do comércio electrónico tenha feito lei do considerando da directiva no sentido de excluir do princípio a que chamou “da admissibilidade” dos contratos por meios electrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento.

Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. O ponto, todavia, não é isento de dúvidas, pois não deixa de contrastar com o princípio geral de que a validade e a eficácia (e, acrescentaríamos, a força probatória) do negócio jurídico não podem ser prejudicadas pela utilização dos meios electrónicos. De todo o modo, é um exemplo que ilustra bem a «abordagem maximalista» adoptada pelo diploma de transposição em certos aspectos substanciais de regime. E que poderá ter o efeito económico de não promover o exercício de uma importante actividade pelas vias electrónicas.

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

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

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

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

5. Direitos do consumidor no comércio electrónico

A lei do comércio electrónico estabelece vários limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio electrónico, através de normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor¹, tais como, nomeadamente: a) é proibida a publicidade oculta (art. 21.º), o que de resto já resultava do princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias que é um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade²; b) o envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º)³; c) são proibidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4)⁴; d) o fornecedor tem que

¹ Ao que parece, os preceitos de protecção do consumidor destinam-se a “adoçar” a “protecção prevalente das empresas de informática” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 109). Mas, apesar de a protecção do consumidor justificar a imposição de limites à liberdade contratual electrónica, a lei do comércio electrónico não prevê uma noção de consumidor. Assim sendo, coloca-se a questão de saber se deverá valer a noção de consumidor constante da nossa lei geral do consumidor ou antes a que é prevista no texto da directiva, que o define como sendo qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º, al. e), sendo certo que esta noção não é igual a outras noções de consumidor previstas noutras directivas (falando-se, por isso, na noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário – vide os nossos *Comércio electrónico*, cit., pp. 86 ss; *A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2000, pp. 59 ss). A questão não é meramente teórica, uma vez que o âmbito de protecção (subjectiva) das normas poderá ser maior ou menor consoante a noção de consumidor em causa. Se a noção geral de consumidor do direito português for mais ampla ou mais estreita do que a noção prevista na directiva sobre comércio electrónico, então o diploma de transposição estará a ampliar ou a restringir o regime de protecção do consumidor que prevê. Em qualquer caso, poderá levantar-se a questão da sua conformidade com o direito comunitário, ora porque ampliando o círculo de beneficiários as medidas de protecção poderão ter efeitos restritivos da liberdade de prestação de serviços, ora porque restringindo-o a directiva não terá sido correctamente transposta; nesta segunda hipótese, parece-nos todavia que o princípio da interpretação da lei nacional em conformidade com a directiva levará a que a noção interna de consumidor deva abranger todos e apenas aqueles que poderiam beneficiar das medidas de protecção do consumidor previstas na directiva, ainda que não necessariamente da protecção adicional estabelecida pelo diploma de transposição. Isto não significa porém que por via de interpretação se possa salvar sempre a conformidade de toda e qualquer lei de transposição com a respectiva directiva comunitária (questão esta que, de resto, se coloca de um modo geral no que respeita à conformidade das leis com a constituição – vide A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, Studia Iuridica, 1, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 195-6). É dizer que a interpretação tem limites, pois que “a «correção do direito incorrecto» não pode ir ao ponto de «criar direito legal» (J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 295). Sob pena de a letra da lei ser de todo dispensável. Por exemplo, se a lei diz que a encomenda só se torna definitiva com a confirmação dada pelo destinatário na sequência do aviso de recepção, então não será razoável dizer que a encomenda inicial já é definitiva, e não apenas provisória, com o que isso significa em termos de regime. Além disso, se se exige que a confirmação seja dada na sequência do aviso de recepção, então a regra da exigência de confirmação só faz pleno sentido para os casos em que o aviso de recepção é imperativo, isto é, nas relações com consumidores. Por essa razão nos parece que esta condição legal suspensiva só vale imperativamente para os contratos electrónicos de consumo.

² Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro (com alterações posteriores).

³ Neste aspecto, a lei interna antecipou a transposição o art. 13.º da directiva sobre privacidade e as comunicações electrónicas (Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002).

⁴ Não é isenta de dificuldades a articulação desta proibição de cláusulas contratuais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores com o regime das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos

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

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime², que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do

contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho). Com efeito, levanta-se desde logo o problema de saber se se trata de cláusulas proibidas ao nível do controlo da formação do acordo, o que levaria à sua exclusão dos contratos singulares, ou de cláusulas proibidas ao nível do conteúdo dos contratos, que são feridas de nulidade; nesta última hipótese, coloca-se ainda a questão de saber se são cláusulas absolutamente proibidas ou antes cláusulas apenas relativamente proibidas, sendo que a invalidade destas últimas varia consoante o “quadro negocial padronizado” (vide M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de Outubro, Coimbra, 1990; J. Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573; António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Directiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)*, ROA 1986, p. 733; J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá, *Das Portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Missbräuchliche Klauseln in Verbräucherträgen*, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001). Em todo o caso, note-se que a proibição geral de cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores pode revelar-se extremamente problemática, em especial no domínio do comércio electrónico directo B2C. O que, de resto, só agudizará a questão de saber se tal proibição estará em conformidade com o direito comunitário.

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

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

contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio electrónico¹, podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) e da própria lei dos contratos à distância, que parece conceber normativamente a posição do prestador como estando na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, em termos gerais, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias (art. 6.º).²

A protecção do consumidor resulta ainda de um regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que o consumidor poderá intentar acções contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respectiva legislação, nos termos do regulamento comunitário sobre competência judiciária em acções civis e comerciais, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às

¹ Para uma análise dos deveres de informação no comércio à distância, incluindo o comércio electrónico, tal como previstos nos instrumentos comunitários, *vide* Paulo Mota Pinto, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância (Notas sobre o direito comunitário em vigor)*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, CDC/FDUC, 2003, pp. 183 ss. Estes deveres de informação dão corpo ao chamado «princípio da transparência» no comércio electrónico (cf. o nosso *Princípios*, cit., pp. 87 ss), cumprindo, neste domínio, o “imperativo da transparência” e reforçando o seu valor de “candidato natural” a um acervo comunitário do direito dos contratos (Joaquim de Sousa Ribeiro, *O princípio da transparência no direito europeu dos contratos*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 137-162).

² Sobre a natureza jurídica deste direito *vide* Enrique Rubio Torrano, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 71 ss (definindo-o como “derecho de desistimiento *ad nutum*”). Em nossa opinião, tendo em conta a dogmática civilística, tratar-se-á de uma condição legal resolutiva (*vide* Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., 366 ss), de natureza imperativa, potestativa e arbitrária (*vide* Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 556 ss). Estaremos aqui perante uma condição potestativa *verdadeiramente* arbitrária, uma vez que, ao contrário aliás da segunda modalidade da venda a contento (art. 924.º, 1, do Código Civil) mas já semelhante à venda a retro (art. 927.º do Código Civil), o comprador não tem sequer que declarar que a coisa não lhe agrada (situação análoga se passa, aliás, com a não confirmação da encomenda, se bem que aqui a condição seja suspensiva). Ao que não será estranha, de resto, a natureza imprópria desta condição, resultante da sua origem legal, que introduz um desvio aos “cânones” clássicos por razões de protecção do consumidor. O que, todavia, não constitui obstáculo a uma revisão do Código Civil que integre o direito consumidor, à semelhança de experiências jurídicas no direito comparado, nomeadamente a holandesa e a germânica. Claro está, todavia, que poderá entender-se que o direito do consumidor se aproxima mais do direito comercial ou, pelo menos, do direito das empresas, já que as relações jurídicas de consumo pressupõem a existência de um profissional (ainda que não comercial), isto é, o direito do consumidor não entra nas relações entre “particulares” (ou consumidores), sendo por isso uma forma de regulação de actividades económicas e fonte de respectivos custos de transacção, isto é, em suma, «direito do mercado» (sobre isto *vide* C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Por conseguinte, poderia localizar-se o direito do consumidor também numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação mercantil das práticas empresariais (incluindo a actividade dos profissionais liberais e de outros agentes económicos hoje legalmente não comerciais, como os agricultores) ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas (*vide* Luís M. T. de Menezes Leitão, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 163 ss). Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial (art. 260.º), seria relocalizada ou numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau - *vide* o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou autonomizada num regime das práticas concorrenciais, à semelhança da experiência germânica. De resto, no direito alemão a protecção do consumidor foi incluída também no círculo de protecção (*Schutzzwecktrias*) do direito da concorrência (*vide* H. Köhler, *UWG-Reform und Verbraucherschutz*, GRUR 4/2003, pp. 265 ss), falando-se a propósito de uma “mudança de função” do direito da concorrência desleal (H.-W. Micklitz / J. Keßler, *Funktionswandel des UWG*, WRP 8/2003, pp. 919 ss).

obrigações contratuais.¹ Pelo que, como referimos: “Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão.”² O regime de jurisdição favorável ao consumidor não cede, em princípio, face à regra do controlo no país de origem, que admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.³

A actividade de prestação de serviços da sociedade da informação⁴ é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, no sentido de que não depende de autorização

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

² *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001, p. 281. Para evitar tal resultado, é conveniente que o oferente delimite territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados – cf. Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in *Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana*, Luiz Otávio Pimentel (Org.), Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001, p. 282 (“el comerciante (...) deberá el mismo concretar en la publicidad que sitúa en la red, los Estados a los que la oferta va dirigida o excluir expresamente aquellos para los que no va orientada. Esto es delimitar el territorialmente mercado de sus productos o servicios.”).

³ Sobre o sentido e limites da sujeição ao respeito pelo direito comunitário do controlo no país de destino dos seus padrões normativos de defesa do consumidor veja-se o nosso *A protecção do consumidor*, cit., em especial pp. 82 ss.

⁴ Estes serviços são definidos como qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de actividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4). De todo o modo, como refere Oliveira Ascensão: “Tudo é metafórico nestas noções. Prestador ou provedor de serviços da sociedade da informação não diz nada” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 105). É por isso necessário atender também ao preâmbulo da directiva. Nos termos do considerando 18, os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas, que podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha e na

prévia (art. 3.º, 3). Além disso, com excepção das situações previstas no art. 6.º, o exercício desta actividade fica sujeita ao princípio do país de origem, no sentido de que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam sujeitos à lei portuguesa relativa à actividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços prestados noutra país comunitário (art. 4.º, 1). Este princípio destina-se a promover a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Todavia, são ressalvadas certas exigências legais, nomeadamente em matéria de protecção dos consumidores, que podem colocar obstáculos a essa liberdade. Com efeito, o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de protecção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5).

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

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

possibilidade de celebrar contratos em linha; além disso, abrangem também, tratando-se de uma actividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Igualmente abrangidos na noção de serviços da sociedade da informação estão os serviços de transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, bem como os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico. Pela negativa, esta noção não abrange os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados, nem as actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Também excluída desta noção é a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, uma vez que não são prestados mediante pedido individual. Considera-se ainda que a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. Também nesta definição não cabem nem a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal nem as actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente. A ilustração exemplificativa prevista na directiva sobre comércio electrónico, não apenas em termos negativos, mas também em termos positivos, deverá servir de auxiliar interpretativo na concretização da noção de serviços da sociedade da informação.

A protecção do consumidor é um dos objectivos principais da directiva sobre comércio electrónico. Logo nos trabalhos preparatórios¹ a Comissão atribuiu ao consumidor um papel de *protagonista principal* do comércio electrónico. Ao mesmo tempo, porém, a directiva pretende assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, sendo que a protecção do consumidor poderá constituir, justamente, um obstáculo a essa liberdade. Além disso, a política comunitária de defesa do consumidor² no comércio electrónico gera efeitos proteccionistas numa óptica de comércio livre à escala global, como já observámos.³

Ora, a transposição da directiva deveria pressupor a compreensão dos termos em que o nível de protecção do consumidor é prosseguido pelo legislador comunitário, em articulação com o objectivo de assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.⁴ O preâmbulo da directiva é

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

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

³ Cf. *A Globalização, a OMC e o comércio electrónico*, in *Temas de Integração*, n.º 14, Almedina, Coimbra, 2002, p. 147.

⁴ Além disso, seria importante que a política legislativa levasse em conta a importância estratégica do direito do consumidor neste domínio. Vide o nosso *A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre comércio electrónico: um contributo para a transposição do acto comunitário*, in *Manual de Integração Regional*, Daniel Amin Ferraz (coord.), Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004, pp. 433 ss (texto de apoio à comunicação apresentada no *Colóquio Justiça e Defesa do Consumidor*, realizado no 21 de Junho de 2002, em Coimbra (FDUC), sob organização do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) em parceria com o

bem elucidativo de como a política de protecção do consumidor informa o texto normativo¹. O considerando 7 diz que é essencial que a directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno, “a fim de garantir a *segurança jurídica e a confiança do consumidor*”. Além disso, nos termos do considerando 10, *a directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, nomeadamente a defesa do consumidor*. Nesse sentido, o considerando 11 esclarece que a directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários. Neste contexto, especial destaque é dado, nomeadamente, à directiva sobre cláusulas abusivas² e à directiva sobre contratos à distância³, considerando-se que estas directivas constituem um elemento essencial da protecção do consumidor em *matéria contratual* e que se aplicam igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação; mais se acrescenta que a directiva sobre comércio electrónico é complementar dos *requisitos de informação* fixados nestas directivas, e em especial na Directiva 97/7/CE.⁴

Dentro das *regras complementares* previstas pela directiva sobre comércio electrónico em matéria de contratos celebrados por meios electrónicos interessa referir uma sobre *informações a prestar* e outra sobre a *ordem de encomenda*. Por um lado, o art. 10.º dispõe uma norma imperativa para os contratos electrónicos de consumo, nos termos da

Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, também disponível em www.verbojuridico.net/doutrina).

¹ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso *A protecção do consumidor*, cit., pp. 43 ss.

² Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

³ 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. Os serviços financeiros, excluídos do âmbito de aplicação da directiva sobre contratos à distância, são objecto da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

⁴ Como outros instrumentos comunitários que fazem igualmente parte desse acervo são indicados a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («*time-sharing*»), a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

qual, para além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, no mínimo, o prestador de serviços deverá prestar em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: a) as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato; b) se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível; c) os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda; d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado; e) indicação dos eventuais códigos de conduta de que o prestador é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos; além disso, os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

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

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

Esta ressalva dirige-se, principalmente, aos actos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagrem medidas de protecção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima dos instrumentos comunitários. Assim, por exemplo, a directiva sobre *contratos à distância* com consumidores prevê um prazo

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

mínimo de “*rescisão*” do contrato (sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo) de 7 dias úteis (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta directiva¹ alargou o prazo mínimo para 14 dias. Ora, poderá o diploma interno de transposição da directiva restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação?²

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

O mesmo vale *mutatis mutandis* para as especiais medidas de protecção do consumidor, estabelecidas pelo diploma de transposição em acréscimo às regras já previstas na directiva sobre comércio electrónico. Pense-se, nomeadamente, na proibição de cláusulas que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores (art. 25, 4) e na regra segundo a qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada pelo consumidor na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5). Independentemente da qualificação rigorosa destas regras, poderá a sua conformidade com o direito comunitário ser garantida?³

¹ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril.

² No sentido de que “só a prática levará a concluir se o estabelecido para os contratos a distância é suficiente ou reclama adaptações no domínio do comércio electrónico”, Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 110.

³ Poderá dizer-se, todavia, que o juízo de conformidade depende justamente dessa qualificação. Por exemplo, poderá sustentar-se que não existem problemas de conformidade se a exigência de confirmação for entendida uma mera “cautela técnica” sem relevo jurídico para a economia do contrato. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, se se entender que a proibição de cláusulas que imponham a celebração por via

7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor

Ora, a cláusula “mercado interno” prevista no art. 3.º prevê o *princípio do controlo do país de estabelecimento*, nos termos do qual compete a cada Estado-Membro assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território¹ cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no *domínio coordenado*². Nesse sentido, os Estados-Membros não poderão, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

electrónica dos contratos com consumidores é uma cláusula apenas relativamente proibida. De resto, a propósito desta proibição, não resulta claramente da lei que ela vale apenas para as relações com consumidores. Nada obsta, com efeito, a que em acordos de distribuição o concedente imponha ao concessionário a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores, até para dessa forma poder controlar melhor a sua facturação. Por outras palavras, não é claro que o art. 25.º, 4, se aplique apenas às relações com consumidores. Tendo em conta a formulação literal da norma, até se poderá dizer que a referida proibição não visa estas relações, mas apenas as relações entre profissionais. Pelo que, assim sendo, o problema da sua conformidade com o direito comunitário por excesso de protecção do consumidor nem sequer se colocaria. Mas não nos parece que tal proibição não se dirija também directamente às relações com consumidores.

¹ Nos termos do considerando 19, “a determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução 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.” Assim, por ex., uma empresa não se considera localizada em Portugal por ter um nome de domínio .pt (cf. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 106). O critério comunitário de determinação do local de estabelecimento foi acolhido sob a forma de norma pelo diploma de transposição (art. 4.º, 2 e 3).

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

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

Porém, a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Desde logo não se aplica aos domínios a que se refere o *anexo*, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato¹ e as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores². Além disso, entende-se ser legítimo que, em certas condições fixadas na directiva, os Estados-Membros (de recepção) possam adoptar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, admite-se que os Estados-Membros exerçam um *controlo adicional*, tomando medidas derogatórias do princípio da liberdade de prestação de serviços em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições, a saber:

1) as medidas devem ser *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores*, incluindo os investidores³ (a), devem tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese tais objectivos (b1), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos (b2) e devem ser *proporcionais* a esses objectivos (c).

¹ O art. 1.º, 4, prevê que a directiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais, e o considerando 23 acrescenta que o disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação nos termos constantes da directiva. Todavia, no considerando 22, 4 período, lê-se que “a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontre estabelecido.” Porém, o princípio afirmado neste considerando parece ser contrário ao princípio que vigora em matéria de protecção dos consumidores, em que a determinação do tribunal competente e da lei aplicável parecem nortear-se pelo critério da residência do consumidor (sobre as questões do tribunal competente (e da lei aplicável) nos contratos celebrados com consumidores pela Internet *vide*, para além das referências acima indicadas, o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição*, cit., pp. 281 ss). Além disso, ainda em matéria de *lei aplicável*, a consideração (55) de que a directiva não afecta a legislação aplicável às *obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores* significa que a directiva não poderá ter como resultado privar o consumidor da protecção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual. A este respeito, o considerando 56 esclarece que as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores abrangem as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

² No sentido de que esta exclusão não estabelece nenhuma clareza jurídica efectiva, M. Lehmann, *Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2000, 17/1, p. 114.

³ Neste sentido, em matéria de *serviços financeiros*, o considerando 27 esclarece que a faculdade conferida pela directiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

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

Em qualquer caso e sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, essas medidas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.¹

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

8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor

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

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

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

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

*direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais*¹. Sendo que na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”².

No quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as directivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade directa, no sentido de que requerem uma “forma especial de recepção” posterior da parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas.³ Além disso, as directivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*.⁴ Mas, não é absoluta a liberdade de meios dos Estados-membros na transposição das directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela directiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adopção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar”⁵.

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

² P. J. Kapteyn/P. Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 86. Ver, por ex., caso 199/82, 9.11.1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10.7.1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

³ Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo da organização [internacional] preveja tal poder normativo*. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189º do Tratado, mas já não, em princípio, as *directivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, cit., p. 89).

⁴ Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adoptadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13.12.1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

⁵ Caso 38/77, 23.11.1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212. Considerando que o prazo de transposição é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6.5.1980 (*Commission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as directivas terem *efeito directo* (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública nacional prevalecer-se da sua não transposição.¹ A isto acresce o princípio da responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das directivas.² De extrema importância quanto ao valor jurídico das directivas é, ainda, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva*. Ainda nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”³. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a directiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela.⁴

Além disso, interessa saber em que termos tem a Comunidade competência para adoptar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor. Segundo o Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão, a Comunidade tem competência para cuidar da protecção dos consumidores (vide arts. 3.^{o5}, 95^{o6} e, em especial, o *artigo 153^{o7}* que compõe o Título

¹ Ver caso 148/78, 5.4.1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26.2.1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15.5.1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12.7.1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Os requisitos do efeito directo das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjectivos para os particulares) têm sido interpretados, no que respeita ao seu alcance, como gerando apenas efeito directo vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito directo contra qualquer autoridade pública.

² Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

³ Caso 14/83, 10.4.1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

⁴ Caso C-106/89, 13.11.1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

⁵ Artigo 3º - 1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2º (fins da comunidade: em especial mercado único e união económica e monetária), a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

⁶ Artigo 95º (ex-artigo 100º-A) (...).3. A Comissão, nas suas propostas previstas no nº 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

⁷ Artigo 153º (ex-artigo 129º-A) - 1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade. 3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o nº 1 através de: a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 95º no âmbito da realização do mercado interno; b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros. 4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará as medidas previstas na alínea b) do nº 3. 5. As medidas adoptadas nos termos do nº 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.

XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Segundo a interpretação que fazemos do direito comunitário primário do consumidor, podemos enunciar cinco princípios cardinais:

1.º - o princípio da competência comunitária para adoptar medidas directamente destinadas à defesa dos consumidores;

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

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

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

5.º - o princípio de que as medidas nacionais de protecção do consumidor devem estar de acordo com o direito comunitário primário, no sentido de não serem desnecessárias, inadequadas e desproporcionais em relação ao fim de protecção do consumidor, constituindo assim uma restrição injustificada às liberdades do mercado único (*rule of reason*).¹

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

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

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

¹ Na síntese do Tribunal de Justiça (acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard, proc.º C-55/94, Col. p. I-4165, cit. in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 137), “as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.”

consumidor o recurso à contratação electrónica, exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade).

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

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

Com efeito, não estamos seguros de que a protecção do consumidor seja razão justificativa suficiente dos efeitos restritivos à liberdade de prestação de serviços potencialmente produzidos por tais regras. Em todo o caso, da decisão da Comissão caberá recurso para as instâncias judiciais comunitárias. Isto não significa que à Comissão seja atribuída apenas uma *função adaptadora e correctiva* das legislações nacionais do direito do consumidor às *exigências próprias* dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, o art. 21.º incumbe a Comissão de elaborar um *relatório* sobre eventuais lacunas de legislação neste domínio. De resto, logo no considerando 65 se diz que a Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma protecção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis *lacunas* dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais; se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas.¹

Além disso, o próprio *acervo comunitário* do direito do consumidor parece estar sujeito ao procedimento de controlo apertado da comissão². A este respeito é de destacar a referência do considerando 53 ao mecanismo para as *acções inibitórias* em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores previsto na Directiva 98/27/CE (considerada aplicável aos serviços da sociedade da informação). Considera-se que esse

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

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

mecanismo assegurará um elevado nível de protecção dos consumidores ao contribuir para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Parece assim que a aplicabilidade deste mecanismo estará sujeita à ressalva de não restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, como refere o art. 1.º, 3. Também aqui a Comissão terá um papel relevante na procura de um *equilíbrio* entre a garantia de um “elevado nível de protecção dos consumidores” e a liberdade de circulação dos serviços da sociedade da informação, tendo em conta a *especial natureza* destes serviços e o *relevo económico e mercantil* do direito do consumidor.¹

Em suma, a directiva sobre comércio electrónico parece assentar no entendimento segundo o qual, embora a protecção dos consumidores seja matéria integrante do interesse geral de cada Estado-Membro, as leis nacionais de defesa dos consumidores, na medida em que façam parte do domínio coordenado, estarão sujeitas ao escrutínio da sua conformidade com o direito comunitário, atenta a especial natureza dos serviços da sociedade da informação e em ordem a assegurar a liberdade de prestação destes serviços no mercado interno, ainda que tais actos de legislação nacional tenham sido adoptados em conformidade com instrumentos comunitários de harmonização mínima. De resto, parece que os próprios actos comunitários de harmonização do direito do consumo estarão sujeitos a esse escrutínio, como sucede relativamente a eventuais abusos das acções inibitórias.

10. Balanço

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

Prudência legislativa, certamente. Contudo, receamos que não tenha sido aproveitada a obrigação de transpor a directiva para proceder a uma adequação do nosso corpo legislativo às exigências próprias e específicas do comércio electrónico e da sociedade da informação, em especial no domínio do direito do consumidor, tendo em conta a sua importância estratégica. Com efeito, o complemento de protecção que é concedido aos

¹ Cfr. o nosso *Comércio electrónico*, cit., pp. 77-8.

consumidores na ordem jurídica portuguesa, por referência aos padrões comunitários, poderá não favorecer o desenvolvimento do comércio electrónico e da chamada economia digital, tanto mais quanto se considerar o grau de incerteza quanto à sua conformidade com o direito comunitário e o facto de dificilmente integrarem o núcleo de tutela constitucional do consumidor. Ora, não havendo comércio electrónico, de que serve aí a protecção do consumidor? É caso para perguntar: protecção ou proteccionismo? Com efeito, parece ser válida também aqui a expressão de W. Pool: “In this field, more than most, one man's consumer protection is another man's proteccionism.”¹

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

A VIA ELECTRÓNICA DA NEGOCIAÇÃO (ALGUNS ASPECTOS)*

Sumário: Introdução. 1. A idoneidade da via electrónica como meio de declaração negocial. 2. A consensualidade na negociação por via electrónica e o esquema de “duplo clique”. 3. O foro do consumidor nos pactos de jurisdição por via electrónica. Conclusão.

Introdução

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

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

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

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

A exclusão destas categorias de contratos poderia justificar-se pela especificidade da via electrónica. Mas, tratar-se-á sobretudo de um problema de competência comunitária, já que “só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum.”² Por isso, é falaciosa a possibilidade deixada aos Estados-Membros pela directiva. Com efeito, um Estado-Membro que exclua os referidos contratos da via electrónica poderá fazê-lo, não porque a directiva o permita, mas desde logo porque esta não o poderia proibir. A directiva regula apenas alguns aspectos

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

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

¹ Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

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

jurídicos dos serviços da sociedade da informação no mercado interno e, por enquanto, as questões nomeadamente familiares e sucessórias ainda não foram aí integradas.

Todavia, isto não significa que a harmonização comunitária não possa, na medida da sua competência, ter um impacto ao nível do direito contratual dos Estados-Membros. Por isso se aponta a directiva sobre comércio electrónico, juntamente com outros instrumentos comunitários destinados mormente à protecção do consumidor, como factores de harmonização do direito privado europeu, e cujo carácter fragmentário poderá justificar, inclusivamente, um instrumento codificador.¹

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

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

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

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

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

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

entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena, nos termos do DL 290-D/99.¹

Fora do “princípio da admissibilidade” dos contratos por meios electrónicos ficaram, entre outros, os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento. Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. Ora, nos casos em que a intervenção do notário é mera formalidade *ad probationem*, será excessivo excluir tais negócios da via electrónica, justificando-se uma interpretação restritiva do preceito: “Quando a intervenção de uma entidade seja uma condição de eficácia do negócio, não afectando a sua validade, a parte que tenha sido realizada por meios electrónicos pode ser aproveitada, ficando dependente, para a produção dos seus efeitos, dessa intervenção.”²

É verdade que a Directiva 2000/31 refere no preâmbulo a possibilidade de exclusão dos “contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (considerando 36, 2ª parte), e, além disso, apesar de a actividade notarial poder integrar os serviços da sociedade da informação, do âmbito de aplicação da directiva são excluídas, *inter alia*, as actividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem directa e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos (art. 1.º, 5). Não obstante, na justa medida em que a intervenção notarial seja mera formalidade probatória, será excessivo excluir os referidos negócios da via electrónica.³

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

Tal como já antes sustentado para as televendas (incluindo pela Internet)⁴, a configuração normativa do fornecedor nos contratos à distância com consumidores abrangidos pelo art. 4.º, 1-h, do DL 143/2001⁵, coloca-o tipicamente⁶, e o DL 7/2004

¹ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril (transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas). Para desenvolvimentos sobre esta matéria, mais recentemente, João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, Tomo I, Parte Geral, 2.ª ed., BBS, Almedina, Coimbra, 2007, 127-147.

² *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, MJ/GPLP, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 99.

³ Para desenvolvimentos, Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio electrónico e consumidor*, EDC 6/2004, 367-371 (ilustrando o problema com a promessa de compra e venda de imóvel para habitação por via electrónica).

⁴ António Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 155-7.

⁵ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços), agora alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de Maio.

⁶ Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio electrónico e consumidor*, 2004, cit., 356.

“tendencialmente”¹, em posição de oferta ou proposta negocial, com a consequente vinculação negocial (art. 230.º, 1, do Código Civil).

De outro modo, “a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa(ria) a desprotecção do público.”² Além disso, enquanto proposta contratual, o contrato ficaria concluído com a simples aceitação do destinatário (DL 7/2004, art. 32.º, 1). Por isso, o dever de acusar a recepção da ordem de encomenda a cargo do fornecedor (art. 29.º, 1) não teria “significado para a determinação do momento da conclusão do contrato” (art. 32.º, 2), sendo antes uma “mera cautela técnica” destinada a “assegurar a certeza” ou “exactidão” das comunicações.³

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

A lei do comércio electrónico considera no preâmbulo que o problema do momento da conclusão do contrato é um ponto “muito sensível”. A Directiva 2000/31 teria deixado aos Estados-Membros a solução para este problema, em virtude de não se propor harmonizar o direito civil.⁴ O não acolhimento dos critérios constantes da proposta inicial foi mesmo considerado como “o abandono de unir a Europa em torno de uma única perspectiva sobre a contratação electrónica.”⁵

Ora, de entre as opções possíveis, o diploma interno seguiu a posição considerada “maioritária”, no sentido de não atribuir ao aviso de recepção o valor de aceitação. Terá, quanto muito, o valor de mera “formalidade *ad probationem*”.⁶

Assim, o contrato por via electrónica concluir-se-á no momento da simples aceitação do destinatário, quando o fornecedor se encontre em posição de proposta contratual tal como deverá estar ao menos nos contratos à distância atrás referidos. Neste *iter* negocial, o aviso de recepção surge como um *posterius*. De resto, o DL 7/2004 dispõe

¹ José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, RFD 2003, 246 (“salvo se outra coisa for convencionada ou resultar das circunstâncias, a oferta em rede deve ser entendida como proposta ao público”); Id., in *O Comércio Electrónico em Portugal*, 2004, cit., 113 (“tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta”, ressaltando, porém, que “só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato”); v. tb. *Lei do Comércio Electrónico Anotada 2005*, cit., 129 (“na generalidade dos casos em que um profissional pretende contratar à distância com consumidores tem o dever de emitir uma proposta contratual que contenha os elementos obrigatórios. (...) O contrato forma-se, nestes casos, com a aceitação do consumidor.”).

² José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, DSI IV/2003, 60.

³ José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, cit., 58-9.

⁴ José de Oliveira Ascensão, *O comércio electrónico em Portugal*, 2004, cit., 112.

⁵ Andrew Murray, *Contracting Electronically in the Shadow of the E-Commerce Directive*, in *The New Legal Framework of E-Commerce in Europe*, 2005, cit., 82 (“Any attempt to unite Europe to a single vision of e-contracting was abandoned.”).

⁶ *Lei do Comércio Electrónico Anotada 2005*, cit., 117 (“O aviso de recepção constitui, no essencial, uma formalidade *ad probationem*, que visa assegurar ao destinatário a recepção da ordem de encomenda por parte do prestador de serviços”); porém, João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2007, 117-119.

expressamente que: “O mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da celebração do contrato” (art. 32.º, 2).

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

O valor desta exigência legal de confirmação tem suscitado dúvidas. Se para uns “nada traz de novo”¹, já para outros constitui um requisito de conclusão do contrato². Esta segunda interpretação encontra no diploma do comércio electrónico uma solução baseada no entendimento segundo o qual a via electrónica seria “uma forma de contratação que escapa aos cânones clássicos”³.

A especificidade da via electrónica exigiria, nesta perspectiva, um reforço de cautelas não apenas técnicas, mas também jurídicas. “Nos casos em que há proposta contratual, o mesmo carácter meramente técnico do aviso de recepção impede que este seja encarado como o momento terminal da formação do contrato. Há antes que prever uma confirmação da encomenda, feita pelo destinatário no seguimento do aviso de recepção. Com a chegada desta ao círculo do operador, o contrato fica formado.”⁴ Por outras palavras, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda.”⁵

Encontramos nesta orientação a doutrina que terá inspirado o legislador interno a adotar solução semelhante à do direito francês.⁶ Contudo, não é certo que a maior complexidade do “esquema” estabelecido para a via electrónica da contratação implique necessariamente um desvio aos cânones clássicos do negócio jurídico, i.e. a via electrónica não constitui excepção à regra geral da celebração do contrato com a simples aceitação do destinatário de propostas dirigidas ao público pelo fornecedor.

A exigência legal de confirmação não é irrelevante, mas o seu significado é outro. Trata-se antes de uma condição legal (*conditio iuris*) suspensiva de perfeição do contrato.⁷ Enquanto tal, retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial,

¹ Susana Larisma, in *O Comércio Electrónico em Portugal*, 2004, cit., 168 (“a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples”).

² Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, 429 (“o diploma reclama um *segundo acto, de confirmação*, pelo consumidor. Se este não responder, não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”); Paula Costa e Silva, *Contratação electrónica*, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada 2005*, cit., 188; José A. Engrácia Antunes, *Contratos Comerciais – Noções Fundamentais*, in *Direito e Justiça*, UCP, Lisboa, 2007, 102.

³ José de Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Id., Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2001, 54.

⁴ José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, 2003, cit., 246.

⁵ José de Oliveira Ascensão, *O Comércio Electrónico em Portugal*, 2004, cit., 9 (ressalvando, porém, que “A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”).

⁶ Paula Costa e Silva, *Contratação electrónica*, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada 2005*, cit., 188 (referindo o sistema do duplo *clique* do art. 1369 do Código Civil Francês).

⁷ Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio electrónico e consumidor*, 2004, cit., 356. Neste sentido, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, 2005, 118, 129 (“Os efeitos do contrato ficam, portanto, suspensos até à confirmação, que constitui uma condição de eficácia deste. (...) “na generalidade dos casos em que um profissional pretende contratar à distância com consumidores tem o dever de emitir uma proposta

salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil). Encontrando-se o fornecedor em situação de proposta, o contrato é concluído ao “primeiro clique” do consumidor, embora a sua eficácia fique condicionada à confirmação da encomenda. Caso o consumidor não proceda à confirmação, então será “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”¹

Trata-se de uma condição suspensiva, que todavia não impede que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes, incluindo o consumidor, actuar segundo os ditames da boa-fé de modo a, nos termos do Código Civil, não frustrarem as legítimas expectativas geradas, podendo existir eventual responsabilidade decorrente da violação de deveres impostos pela boa-fé que devem ser observados na pendência da condição², e sem prejuízo do recurso ao instituto do abuso de direito (art. 334.º).³

Na base do esquema adoptado (“duplo clique”) está a protecção do consumidor⁴, como uma medida aparentemente destinada a “adoçar” a “protecção prevalente das empresas de informática.”⁵ Todavia, a exigência de confirmação é de âmbito restrito. Aplica-se apenas aos contratos “com formulário” com consumidores, visto que só vale nos contratos que não tenham sido celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º) e se o dever de acusar recepção da encomenda for imperativo, i.e. no B2C (art. 29.º, 1, *in fine*). Em suma, “*são visados os contratos massificados, a celebrar em rede aberta com o público em geral mediante acesso ao site (“point and click”)*”⁶.

Deve entender-se, de igual modo, que mesmo em relação aos contratos de consumo em massa ou “com formulário”, a exigência de confirmação não se aplica quando é dispensado o aviso de recepção da encomenda, ou seja, nos casos em que há imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 2).

Por conseguinte, o esquema do “duplo clique”, para além de não se aplicar na negociação exclusivamente por meios de comunicação individual (e.g. correio electrónico), não é imperativo no B2B nem é obrigatório no domínio do comércio electrónico (B2B ou B2C) directo (e.g. compra e venda pela Internet de software, música, filmes ou outros bens contidos em ficheiros digitais), “dada a sua óbvia inutilidade.”⁷ Nesta última situação, o contrato deve considerar-se incondicionalmente

contratual que contenha os elementos obrigatórios. (...) O contrato forma-se, nestes casos, com a aceitação do consumidor.” – mencionando também a lei espanhola (Ley n.º 34/2002, de 11 de Julho, alterada pela Ley 32/2003), que refere no art. 28.º esta questão como “informação posterior à celebração do contrato”).

¹ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, Coimbra, 1966, 382.

² Vide Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 562 s, 572-5.

³ Alexandre L. Dias Pereira, *Comércio electrónico e consumidor*, 2004, cit., 356-7, em nota.

⁴ Paula Costa e Silva, *Contratação electrónica*, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada 2005*, cit., 188 (interpretando o art. 29.º, 5, como um sistema de duplo clique (“só esta (a tutela do consumidor) poderia justificar o tal sistema do duplo clique do art. 1369 do Código Civil Francês.”).

⁵ José de Oliveira Ascensão, *O comércio electrónico em Portugal*, 2004, cit., 109.

⁶ João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2004, 113.

⁷ João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros - Direito Europeu e Português*, cit., 2007, 117.

concluído logo no momento da aceitação inicial da proposta, representando a prestação electrónica do bem já o seu cumprimento.

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

De todo o modo, apesar do limitado âmbito de aplicação e da sua natureza de condição legal suspensiva, não é certo que a exigência de confirmação (“duplo clique”) respeite o comando comunitário dirigido aos Estados-Membros no sentido de estes assegurarem “que o regime aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos” (Directiva 2000/31, art. 9.º, 1). De igual modo, não é seguro que a protecção do consumidor seja justificação bastante para os efeitos restritivos que esta cautela jurídica adicional pode colocar à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.¹ De resto, é criticável a falta de “ganho prático (mesmo do ponto de vista da certeza) da exigência do ‘terceiro click’”.²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Rui Manuel Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma Interação*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Professores Doutores*

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

Não obstante, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da protecção da parte mais fraca.¹ A regra é a de que o 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).

À competência do foro do consumidor juntar-se-á a aplicação da sua lei, isto é, o tribunal competente aplicará, verificadas certas circunstâncias, as normas imperativas de protecção do consumidor previstas na lei do respectivo Estado-Membro, nos termos do art. 5.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). É o que sucede, nomeadamente, se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato.²

A regra do foro do consumidor abrange todos os casos 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.

Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio electrónico, uma vez que o exercício de actividades comerciais ou profissionais através da rede ficaria potencialmente sujeito a litigância em todos os Estados-Membros³, ou pelo menos os

A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. III, FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 1071.

¹ Rui Manuel Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, SI 38, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 124 (“os princípios da autonomia das partes e da protecção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia”).

² A possibilidade de o consumidor poder prevalecer-se da legislação do Estado da sua residência habitual, bem como de demandar o fornecedor nos tribunais do seu domicílio foi destacada pela Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os 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); vide Alexandre L. Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, EDC 3/2001, 661-2.

³ Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e competência internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, 903-915 (crítico em relação

prestadores teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países. Com efeito, a expressão “dirigir a actividade” na Internet a um ou vários Estados-Membros poderia abranger “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)”.¹

Por isso, o projecto de Convenção de Haia 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 norte-americana, e acrescenta que o consumidor deverá ter dado os passos necessários para a conclusão do contrato nesse Estado, à semelhança, aliás, da Convenção de Roma.²

Afirma-se neste domínio um critério de interactividade, ao menos para afirmar a competência do foro do consumidor nas acções intentadas contra ele³, sendo de admitir que o fornecedor poderá delimitar territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados.⁴

De todo o modo, a razão de ser da competência especial do foro do consumidor é “proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral” (cons.13). O princípio da 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). Isto não impede todavia que se admita um pacto de jurisdição que, em certos termos, derogue as regras especiais de competência mesmo antes do litígio (art. 17.º).

Não obstante, de modo a não esvaziar o princípio da protecção do consumidor, sustentamos que, à semelhança do que se passa no domínio do contrato de agência⁵, o tribunal poderá fundar a sua competência nas normas imperativas de protecção do consumidor, mesmo contra um pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência que o prive desses direitos, ao menos quando, socorrendo-nos do critério

aos efeitos restritivos de uma regra de competência do foro do consumidor amplamente concebida no Regulamento 44/2001).

¹ Luís Lima Pinheiro, *Direito aplicável aos contratos com consumidores*, ROA 2001, 162.

² Alexandre L. Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição*, 2001, cit., 288-299.

³ Santiago Alvarez González, *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y lei applicable*, in *Comercio Electrónico en Internet*, dir. Gómez Ségade, Madrid, 2001, 431.

⁴ Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in *Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana*, org. Luiz Otávio Pimentel, Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001 282.

⁵ António Pinto Monteiro, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 6ª ed. act., Almedina, Coimbra, 2007, 155-6.

previsto no DL 446/85¹, o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português” (art. 23.º, 1).²

Aliás, a resultado semelhante chegou a jurisprudência comunitária no caso *Oceano*, em que estava em causa a interpretação da directiva sobre cláusulas abusivas. O TJCE decidiu que o tribunal pode apreciar, *ex officio*, a nulidade das cláusulas, mesmo de cláusulas de jurisdição que não lhes reconheçam competência (Proc. C-240/98 — C-244/98, 27/6/2000, *Océano Grupo Editorial v. Salvat Editores*).³

À semelhança das regras da Convenção de Roma sobre a lei aplicável aos contratos de consumo, o regime especial de competência do foro do consumidor destina-se a proteger o consumidor enquanto parte mais fraca. É um “porto seguro”, que permitirá aos consumidores adquirirem bens pela Internet, junto de fornecedores que lhes dirijam as suas actividades, com a garantia de que, em caso de litígio, a resolução do conflito poderá ser feita no seu tribunal e segundo a sua lei de domicílio, podendo valer-se, pelo menos, dos direitos imperativos que o respectivo foro lhes confere.

Não obstante o reforço desta protecção pelos meios jurisdicionais, é provável que a solução de litígios de consumo no domínio do comércio electrónico privilegie as soluções alternativas, incluindo por meios electrónicos em linha.⁴ A este propósito cumpre referir, todavia, que a Directiva 2000/31 “abriu” a porta às vias alternativas de resolução de litígios (art. 17.º), mas a lei interna terá apenas “permitido” o seu funcionamento para tratar das questões relativas à validade e eficácia dos contratos (cf. DL 7/2004, art. 34.º).

Conclusão

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

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

¹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho.

² Alexandre L. Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, BFD 2001, 664-6; Id., *Os pactos atributivos de jurisdição*, 2001, cit., 297.

³ Vide Jules Stuyck, Anot., CMLR 2001, 719; Marin Hogg / Georgios Arnokouros / Andrea Pina / Rui Cascão / Stephen Watterson, ERPL 2001, 157.

⁴ Santiago Alvarez González, *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y lei applicable*, 2001, cit., 448.

que a exigência de confirmação pelo consumidor, como condição de definitividade da encomenda, terá o valor de condição legal suspensiva da eficácia do negócio.

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

COMÉRCIO ELETRÓNICO DE CONTEÚDOS DIGITAIS*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diretiva 2000/31¹ - exige confirmação da encomenda por parte do consumidor na sequência do aviso da sua receção pelo fornecedor (o chamado duplo clique), que todavia dispensa nos casos de fornecimento imediato em linha do bem adquirido (com destaque para conteúdos digitais) ou de negociação por meios de comunicação individual (por ex., email ou SMS).²

Aliás, foi já apontado criticamente o menor nível de proteção do consumidor no comércio eletrónico direto, quando comparado com o consumidor no comércio eletrónico indireto, i.e., quando os bens adquiridos são entregues, quer pela sua natureza corpórea quer pela corporalidade dos respetivos suportes, fisicamente através de correio postal ou serviços especiais de entrega.

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

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

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

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

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

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

A importância da proteção do consumidor na economia digital justificou o estabelecimento de regras especiais para a contratação à distância de conteúdos digitais. A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores regula, *inter alia*, aspetos dos *contratos à distância* de fornecimento de conteúdos digitais imateriais celebrados entre profissionais e consumidores. Em especial, estabelece *requisitos de informação*, *requisitos formais* e regula o *direito de retratação* dos consumidores nos contratos à distância. No direito interno, o DL 24/2014, alterado pela Lei 47/2014, não se afasta, no essencial, da Diretiva.

3.1 Noção e modalidades de conteúdos digitais

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

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

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

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

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

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

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

A noção de contrato à distância refere-se a sistema de *vendas* ou *prestação de serviços*, pelo que os contratos de fornecimento de conteúdos digitais imateriais deveriam revestir uma dessas duas modalidades, enquanto contratos à distância. Nota-se assim uma contradição entre a noção de contrato à distância e a exclusão do fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material tanto da compra e venda como da prestação de serviços. Não obstante, parece-nos que o fornecimento de conteúdos

eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos (d). Por outro lado, as concessionárias e ou as entidades exploradoras de jogos e apostas ficam impedidas de ser associadas a qualquer referência ou menção publicitária à concessão de empréstimos.

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

digitais sem suporte material não deixará de integrar a noção de contratos à distância apesar de o preâmbulo da Diretiva os excluir das noções de contratos de compra e venda e de prestação de serviços. Fez bem o legislador interno ao não incorporar as referidas definições na lei interna, limitando-se à de contratos celebrados à distância (DL 24/2014, art. 3ºf), tanto mais que no Código Civil já se encontram noções de contratos de compra e venda, contrato-promessa, prestação de serviços. De resto, a utilização de técnicas de comunicação à distância não prejudica a tipicidade da compra e venda, da prestação de serviços ou de outros (por ex., a locação), que não deixam de o ser pelo facto se serem negociados e celebrados à distância.

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

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

3.3. Requisitos de informação

Quanto aos *requisitos de informação*, a Diretiva 2011/83 completa os requisitos estabelecidos nomeadamente na Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico², ressaltando-se todavia ‘a possibilidade de os Estados-Membros imporem requisitos de informação suplementares aos prestadores de serviços estabelecidos no seu território’

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

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

(considerando 12). Assim, os fornecedores de conteúdos digitais, independentemente do suporte, devem prestar aos consumidores informação sobre a funcionalidade e a interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais. O conceito de *funcionalidade* diz respeito ao modo como os conteúdos digitais podem ser usados, como, por exemplo, para o seguimento do comportamento dos consumidores (e.g. as políticas de privacidade, incluindo a utilização de *cookies*), e deverá referir-se igualmente à ausência ou presença de restrições técnicas, como a proteção através da gestão dos direitos digitais e a codificação regional (os chamados DRM – Digital Rights Management e os códigos regionais de leitores e discos). O conceito de *interoperabilidade relevante* é usado para descrever as informações relativas aos equipamentos e programas informáticos normalizados, com os quais os conteúdos digitais são compatíveis, como, por exemplo, o sistema operativo, a versão necessária e certas características do equipamento (considerando 19). Por exemplo, um jogo de computador que só funciona em ambiente Windows 7 ou posterior (sistema operativo), em computador com determinada RAM mínima e processador gráfico dedicado.

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

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

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

3.4. Direito de ‘retratação’

Quanto ao chamado *direito de retratação* do contrato celebrado à distância, a Diretiva estabelece que o consumidor dispõe igualmente de um prazo de 14 dias para o exercer, sem necessidade de indicar qualquer motivo, a contar do dia da entrega do suporte material, que deverá ocorrer no prazo máximo de 30 dias (art. 17º/1 e 18º/1); no caso do fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, o prazo para o exercício do direito de retratação conta-se a partir da data da celebração do contrato (art. 9º/1-2c).

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

3.4.1. Possível exclusão do direito de retratação

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

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

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

³ A menor proteção do consumidor no comércio electrónico direto tem antecedentes. Nos termos do diploma do comércio electrónico, nos contratos com consumidores, o prestador de serviços tem o dever de acusar a receção da encomenda logo que a receba por via exclusivamente eletrónica. Todavia, este dever é dispensado se ocorrer a imediata prestação em linha do produto ou serviço, dispensando-se por isso igualmente a confirmação da encomenda (DL 7/2004, art. 29º/1-2-5), pelo que o consumidor não disporá

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

3.4.2. Exercício do direito de retratação

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

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

então da faculdade de confirmar a encomenda. Neste sentido, Fernanda Maria Neves Rebelo, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, cit., p. 647, subscrevendo a crítica de Morais de Carvalho, «Comércio eletrónico e proteção dos consumidores», *Themis* 13 (2006), e acrescentando que se o serviço é imediatamente prestado na sequência da encomenda então o prestador encontra-se em situação de proposta contratual, que não de convite a contratar. Solução que de resto se impõe sob pena de, por outro modo, ‘a arbitrariedade concedida ao fornecedor’ resultar em ‘desproteção do público, como adverte José de Oliveira Ascensão, «Contratação eletrónica», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, 2003, p. 60.

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

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

horas, ao consumidor que utilize a recepção da declaração de resolução em suporte duradouro (art. 11º/4).¹

3.4.3. Devolução e reembolso

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

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

Relativamente aos *conteúdos digitais sem suporte material*, havendo retratação, o consumidor não tem que suportar quaisquer custos relativos ao seu fornecimento, na totalidade ou em parte, se, nos termos do art. 14º/4: i) o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias

¹ Como se lê no preâmbulo da Diretiva, a função dos suportes duradouros ‘é permitir ao consumidor guardar as informações durante o tempo necessário para proteger os seus interesses decorrentes da sua relação com o profissional. Entre estes suportes incluem-se, em especial, papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória ou discos duros de computadores, bem como mensagens de correio eletrónico’ (considerando 23). O diploma interno coloca os exemplos de suportes na forma de norma legal com exclusão das mensagens de correio eletrónico, que efetivamente são conteúdos e não suportes, i.e. instrumentos que permitam ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada (DL 24/2014, art. 3º-d e l).

a contar da celebração do contrato, ii) o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retratação ao dar o seu consentimento, ou iii) o profissional não tiver fornecido a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutra suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento. As alíneas são alternativas e não cumulativas. Por exemplo, o consumidor pode consentir na transferência dos conteúdos antes do fim dos 14 dias a contar da celebração do contrato mas sem reconhecer que com isso perde o direito de livre resolução. Note-se, todavia, que tratando-se de conteúdos digitais não há propriamente devolução, no sentido de remessa física do bem adquirido, mas apenas abstenção de usar o conteúdo digital, que poderá passar pela inativação permanente ou até pelo apagamento completo do dispositivo em que foi instalado pelo consumidor (telemóvel, computador portátil ou de secretária, tablet, etc.).

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

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

3.4. Fornecimento não solicitado

O consumidor não tem que pagar qualquer contrapartida pelo fornecimento não solicitado de bens ou serviços, nomeadamente conteúdos digitais, não valendo o silêncio do consumidor como consentimento (Diretiva 2011/83, art. 27º). Ou seja, a ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento dos conteúdos digitais não vale como aceitação da proposta. Parece assim que, para efeitos do Código

Civil (art. 218º), a lei valora o silêncio do consumidor como declaração de rejeição da proposta, impedindo que por uso ou convenção se lhe atribua outro valor. O diploma interno não terá ido tão longe, já que apenas proíbe a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de bens, incluindo conteúdos digitais, ressalvando todavia o fornecimento de bens de substituição (DL 24/2014, art. 28º e 19º/4).

3.5. Comunicações publicitárias não solicitadas

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

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

Por outro lado, nos termos do art. 21º do DL 7/2004, nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, impõe-se ao fornecedor um *dever de transparência*, no sentido de identificar claramente de modo a serem facilmente apreendidos por um destinatário comum, tanto a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva, o anunciante, e as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos

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

² Lei n.º 67/98, de 28 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 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. Sobre o tema, por ex., Catarina Sarmento e Casto, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, 2005.

promocionais, bem como os respetivos termos. Ora, nos termos do art. 13º-A da Lei 41/2004, é expressamente proibido o envio de correio eletrónico para fins de marketing direto, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, em violação daquela regra, sem a indicação de um meio de contato válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações, ou que incentive os destinatários a visitar sítios na Internet que violem o disposto no referido artigo.

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

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

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

A questão tem sido discutida, designadamente se abrange a mera acessibilidade de páginas Web.² No considerando (2) do Regulamento 593/2008³ lê-se que ‘A coerência com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 [agora Regulamento 1215/2012] exige, por um lado, que se faça referência à noção de «atividade dirigida» como condição para a aplicação da regra de protecção do consumidor e, por outro lado, que esta noção seja objecto de uma interpretação harmonizada [...], tendo presente que uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 afirma que, para que a alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º seja aplicável, «não basta que uma empresa dirija as suas actividades para o Estado-Membro onde o

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

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

³ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

consumidor está domiciliado, ou para vários Estados incluindo esse Estado-Membro. É preciso também que tenha sido celebrado um contrato no âmbito dessas actividades». A referida declaração indica igualmente que «o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes».¹

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

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

5. Conclusão

Ao longo deste trabalho analisámos a proteção do consumidor de conteúdos digitais no comércio eletrónico. O principal diploma é atualmente o DL 24/2014, que transpõe a Diretiva 2011/83 sobre os direitos dos consumidores, completado por outros diplomas, nomeadamente o DL 7/2004 (comércio eletrónico) e a Lei 41/2004 (envio de

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

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

comunicações não solicitadas), bem como os Regulamentos 1215/2012 e 593/2008 respetivamente sobre tribunal competente e lei aplicável às obrigações contratuais.

Constatámos que a proteção do consumidor conhece duas velocidades, consoante o suporte de comercialização dos conteúdos digitais. Na ausência de suporte material, ou seja, no comércio eletrónico direto, o consumidor pode ser privado da sua grande conquista no comércio fora do estabelecimento ou na comercialização à distância, que é o direito de retratação ou de livre resolução. É verdade que mesmo havendo suporte material o consumidor não tem esse direito relativamente ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega. Presume-se *iuris et de iure* que o consumidor tirou proveito dos conteúdos digitais, sendo a utilidade intelectual insuscetível de devolução dada a natureza imaterial dos bens em causa. Talvez por isso, havendo entrega imediata dos conteúdos digitais sem suporte material, se possa dizer que o consumidor não pode devolver bens cuja utilidade intelectual de todo o modo já terá extraído.

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

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

NOVOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL*

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

¹ COM(2015) 634 final.

² COM(2015) 635 final.

³ COM(2015) 192 final.

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

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

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

⁷ COM(2011) 635 final.

as propostas avançadas pretendem contribuir para a criação de um ambiente jurídico amigável das pequenas e médias empresas.

1.1. Fornecimento de conteúdos digitais

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Compra e venda em linha

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

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

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

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

1.3. Apreciação

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

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

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

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

2. A portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha

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

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

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

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

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

⁴ COM(2015) 627 final.

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

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

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

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

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

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

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

de origem do assinante. Este aspeto, todavia, é complementado pelo regulamento sobre internet aberta.

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

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

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

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

3. Neutralidade da rede e internet aberta

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

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

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

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

A neutralidade da rede não está apenas ao serviço da proteção do consumidor, sendo de alcance mais geral. No campo das telecomunicações a Lei das Comunicações Eletrónicas¹ consagrou no seu artigo 16º-A a neutralidade tecnológica e a neutralidade de serviços na gestão do espectro. A *neutralidade tecnológica* significa que “todos os tipos de tecnologia usados para os serviços de comunicações eletrónicas podem ser utilizados nas faixas de frequência declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrónicas e como tal publicitadas no QNAF” (nº 1, a). Por seu turno, a *neutralidade de serviços* quer dizer que “nas faixas de frequências declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrónicas e como tal publicitadas no QNAF podem ser prestados todos os tipos de serviços de comunicações eletrónicas” (nº 1, b). Compete à ARN – Autoridade Reguladora Nacional (ANACOM) garantir os princípios da neutralidade tecnológica e da neutralidade de serviços (artigo 35º).²

Recentemente o Regulamento sobre Internet Aberta³ consagrou o princípio da *neutralidade tecnológica* no sentido de proibir a imposição de um tipo específico de tecnologia e a previsão de requisitos discriminatórios que a favoreça (considerando 2).⁴

¹ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (última alteração: Lei n.º 15/2016, de 17 de junho).

² São possíveis restrições, mas compete à ANACOM estabelecê-las dentro dos limites estabelecidos pela lei (artigo 16º-A). Deverão ser proporcionais, não discriminatórias e necessárias para evitar interferências prejudiciais; proteger a população da exposição a campos eletromagnéticos; garantir a qualidade técnica do serviço e/ou a maximização da partilha das frequências; salvaguardar a utilização eficiente do espectro; assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral definido nos termos da lei; cumprir os regulamentos das radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT). Quanto às restrições à *neutralidade de serviços*, compete à ANACOM adotar medidas que imponham que um serviço de comunicações eletrónicas seja oferecido numa faixa de frequências específica, disponível para serviços de comunicações eletrónicas, desde que justificado com a necessidade de assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral, por um lado; e que a oferta de um determinado serviço de comunicações eletrónicas numa faixa de frequências específica com exclusão de qualquer outro serviço, desde que justificada com a necessidade de proteger serviços de segurança da vida humana ou, excepcionalmente, para satisfazer outros objetivos de interesse geral previstos na lei, por outro. Objetivos específicos de interesse geral são, nos termos do artigo 16º-A/5, a segurança da vida humana; a promoção da coesão social, regional ou territorial, e da diversidade cultural e linguística e do pluralismo dos meios de comunicação, designadamente através do fornecimento de serviços de programas televisivos ou de rádio; a prevenção de utilizações ineficientes das frequências. Cabe à ANACOM publicitar as restrições à neutralidade tecnológica e à neutralidade de serviços no âmbito do QNAF (Quadro Nacional de Atribuição de Frequências), e proceder à reavaliação anual da necessidade de manutenção das restrições.

³ Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta. Em vigor desde 30 de abril de 2016.

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

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

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

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

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

empresa concorrente, por exemplo. O Marco Civil dá um significado mais profundo ao princípio da neutralidade da rede já que veda aos provedores de conexão bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados e interferir nas comunicações dos usuários. Ou seja, não apenas não têm um dever de vigilância, como lhes é imposto uma obrigação de não interferir com as comunicações dos utilizadores dos seus serviços. Sobre a lei Marco Civil da Internet ver, por exemplo, RONALDO LEMOS, “Uma nova lei para assegurar direitos na internet no Brasil: o Marco Civil”, *Propriedades intelectuais*, 2 (2014), pp. 30-34, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O “marco civil da internet”: a lei brasileira n.º 12965, de 23 de abril de 2014”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2015), pp. 271-290.

iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

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

Conclusão

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

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

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

LICENÇAS DE SOFTWARE E BASES DE DADOS*

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

1. Introdução, delimitação do objeto, sequência

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

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

Pela positiva, estudamos as licenças de software e/ou de bases de dados enquanto contratos de direitos de autor. Para o efeito interessa considerar brevemente em que termos são os programas de computador e as bases de dados objeto de proteção por direitos de autor. Depois, procedemos à caracterização das licenças de software e ao seu enquadramento normativo para efeitos de regime jurídico contratual. Fazemos ainda referência às licenças de software livre, pela sua importância enquanto alternativa ao software proprietário. Incluímos ainda um apontamento sobre a possível imposição de licenças ao titular de direitos quando a sua recusa constitua abuso de posição dominante nos termos do direito da concorrência. Terminamos com uma breve referência à proteção contratual do consumidor de bens informáticos no comércio eletrónico.

* In RJUPT 14 (2011: 9-25); *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial* (2011: 345-368).

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

Os programas de computador e as bases de dados têm uma história em comum. Para começar, a proteção jurídica destas duas espécies de bens informáticos por direitos de autor e afins foi objeto de harmonização comunitária através da Diretiva 91/250¹ e da Diretiva 96/9². Depois, a transposição destes instrumentos de legislação comunitária para a ordem jurídica interna, ao invés de os ter incorporado no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, realizou-se mediante a adoção de diplomas avulsos, a saber, respetivamente: o DL 252/94³ (doravante PC) e o DL 122/2000⁴ (doravante BD).⁵

No preâmbulo destes diplomas o legislador interno justifica a sua opção com fundamento na especial natureza destes bens informáticos e nas normas de proteção oriundas da fonte comunitária que extravasam os cânones clássicos dos direitos de autor, tais como a proteção da algoritmia dos programas de computador, incluindo as restrições à descompilação, e a proteção dos investimentos substanciais na produção de bases de dados através de um direito *sui generis*, para além da inclusão dos atos de reprodução para uso privado no âmbito do direito exclusivo de reprodução. De notar, todavia, que a jurisprudência portuguesa, designadamente nos acórdãos da Relação de Lisboa de 26/4/1994⁶ e de 12/10/95⁷, já tinha afirmado a proteção dos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, tendo em conta a natureza exemplificativa

¹ Diretiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, substituída pela Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

² Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

³ Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro.

⁴ Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho.

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

⁶ CJ 1994, II, p. 130.

⁷ CJ 1995, IV, p. 109.

das espécies de obras que ilustram a noção de obra literária e artística, constantes do catálogo do CDADC¹.

Os programas de computador, enquanto tais, não podem ser objeto de patentes (art. 52º CPE² e art. 52º/1-d CPI³). Não obstante, a proteção instituída parece quase um direito de patente com invenção secreta e duração prolongada. Além disso, em matéria de base de dados, ao fabricante é outorgado um direito semelhante ao direito conexo do produtor de fonograma ou videograma, mas com conteúdo reforçado, e não obstante ter por base a inexistência de um sistema uniforme de concorrência desleal nos países da União Europeia.

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

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

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

Se o criador se eclipsa, já o direito exclusivo se engrandece, desde logo no que respeita à duração, que por imposição comunitária segue a regra geral dos 70 anos *post*

¹ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 63/85, de 14 de março e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de setembro e 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos -Leis n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de agosto, 24/2006, de 30 de junho, e 16/2008, de 1 de abril.

² Convenção da Patente Europeia, assinada em Munique em 5 de Outubro de 1973 (revista em 2000).

³ Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003 de 5 de março, e alterado pelos Decretos -Leis n.º 318/2007, de 26 de setembro, e 360/2007, de 2 de novembro, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de julho.

mortem auctoris (art. 36º CDADC e art. 6º BD). Depois, larguíssima é a definição de atos de reprodução e assim tem sido entendida pela jurisprudência. Ao exclusivo de reprodução juntam-se a transformação e a colocação em circulação ou distribuição de exemplares (sujeita ao esgotamento comunitário) e ainda, para as bases de dados, os atos de comunicação ao público (art. 5 PC e 7º BD). Já no que respeita à utilização livre, é excluída a reprodução para uso privado de programas de computador e das bases de dados eletrónicas e, para além de situações específicas previstas para as bases de dados, são permitidas apenas as formas de utilização livre previstas no artigo 75º do CDADC ‘sempre que forem compatíveis’. Em concreto, caberá à jurisprudência o preenchimento desta fórmula legal indeterminada.

O engrandecimento de um exclusivo económico desenhado em benefício das empresas do setor é moderado pelo surgimento de uma nova personagem no enredo normativo dos direitos de autor. Trata-se do utente legítimo – leia-se, aquele que utiliza a obra com autorização do titular de direitos ou da lei. Pode o utente legítimo reproduzir o programa e estudá-lo no âmbito da sua utilização, e realizar uma cópia de apoio. Pode ainda reproduzir e alterar o programa para efeitos de correção de erros, incluindo a descompilação estritamente necessária para fins de interoperabilidade com programa independente e a utilização, para esses fins, das informações assim obtidas. Os direitos do utente legítimo são imperativos, no sentido de que a lei – pese embora algumas deficiências de transposição que patenteia - comina com a sanção de nulidade cláusulas contratuais que o privem destes direitos mínimos de utilização (arts. 6º e 7º PC). Idêntica é a solução em matéria de bases de dados, ainda que os direitos do utente legítimo sejam limitados aos atos necessários ‘ao acesso à base de dados e à sua utilização, na medida do seu direito’ (art. 9º BD).

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

Este direito, que não deriva de nenhum instrumento internacional, ‘pode ser transmitido ou objeto de licenças contratuais’ (art. 13º) e dura 15 anos, embora a mesma base possa ser objeto de prazos de proteção sucessivos sempre que nela sejam introduzidas modificações substanciais (art. 17º). Poucos são os atos livres que limitam este direito especial, quais sejam fins didáticos ou científicos, segurança pública ou processo administrativo ou judicial. Os fins de informação que fundamentam diversas utilizações livres em sede de direitos de autor não têm aqui lugar, o mesmo sucedendo com a extração para uso privado de conteúdo de base electrónica de dados. Além disso, a tutela das medidas técnicas de proteção não salvaguarda nenhum ato livre face ao

direito especial do fabricante de bases de dados, embora uma interpretação conforme com a Constituição permita justificar a aplicação desses e de outros limites.

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

A proteção dos programas de computador e das bases de dados pelos direitos de autor significa que a licitude da utilização e exploração económica de tais bens informáticos por terceiros depende da obtenção de uma licença junto dos titulares de direitos (e da observância dos seus termos), salvo nas situações de utilização livre contempladas na lei. Por via da licença, o titular de direitos autoriza um ou mais sujeitos a praticarem atos de utilização dos bens informáticos, sem todavia alienar o seu exclusivo de exploração económica. Neste sentido, a licença distingue-se em princípio das transmissões de direitos de autor, uma vez que o titular de direitos não aliena o seu exclusivo.¹

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

A referência às finalidades do contrato é de grande alcance, uma vez que no universo da praxis negocial a licença é uma designação genérica que abarca uma diversidade significativa de figuras contratuais.

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

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

¹ Vide Ascensão, José de Oliveira, ‘Direitos do utilizador de bens informáticos’, *Comunicação e Defesa do Consumidor*. Atas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993, Coimbra, 1996, p. 342; Martins, A.G. Lourenço / Marques, Garcia/ Dias, Pedro Simões - *Cyberlaw em Portugal - O direito das tecnologias da informação e comunicação*, Centroatlântico.pt, Famalicão/Lisboa, 2004; Pereira, Alexandre L. Dias, ‘Proteção Jurídica e Exploração Negocial de Programas de Computador’, *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 2002; Id. ‘Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas: alguns aspetos jurídico-contratuais’, *Revista da Ordem dos Advogados* (1999) III, p. 915; Rocha, Manuel Lopes, ‘Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de «software», in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994, p. 695; Trabuço, Cláudia – ‘O direito de autor e as licenças de utilização sobre programas de computador: o contributo dos contratos para compreensão do direito’, *Themis* 15 (2008), p. 139.

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

Depois, a lei indica que estes negócios são disciplinados pelas regras gerais dos contratos e pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia. Assim, o facto de as leis do software e das bases de dados não estabelecerem uma disciplina própria para os contratos de licença destes bens tal não significa que se trate de casos omissos. Desde logo, deverá o intérprete consultar primeiro o capítulo relativo aos negócios jurídicos contido na parte geral do Código Civil bem como o seu Livro das Obrigações. Não obstante o seu valor pedagógico, aquela disposição gera uma dificuldade, que está em saber, nas licenças de software e de bases de dados negociadas pela via eletrónica, se serão aplicáveis as disposições especiais previstas do diploma do comércio eletrónico - DL 7/2004¹ - para a contratação eletrónica, em especial nas relações com consumidores. Pensamos que a resposta só pode ser positiva uma vez que o diploma do comércio eletrónico estabelece normas para a negociação por via eletrónica, que ocorre naturalmente também no domínio do software e das bases de dados.

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

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

¹ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março.

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

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

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

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

4. Formação, forma e requisitos de eficácia

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

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

Poderá objetar-se que, enquanto bem incorpóreo, o software é insuscetível de entrega, pelo que as disposições do comodato só seriam aplicáveis por analogia.

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

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

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

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

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

As licenças de software ou bases de dados são acordos pelos quais o titular dos direitos exclusivos concede a outrem autorização de utilização destes bens para

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

5.1. Licenças de produção e distribuição e licenças de distribuição

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

Para começar, as licenças de produção e distribuição de software (frequentes no âmbito dos chamados acordos OEM) devem qualificar-se como contratos de edição, regulando-se pelas respetivas disposições (CDADC, art. 83º e seg.). Com efeito, o titular de direitos autoriza a outra parte a produzir e comercializar um determinado número de exemplares da obra, mediante remuneração, devendo a licenciada utilizar a obra para esse fim. Enquanto contratos de edição, estas licenças devem ser celebradas por escrito. Além disso, enquanto autorização de utilização remunerada estas licenças integram-se no tipo contratual da locação, cujas disposições serão aplicáveis, salvo norma especial em contrário da edição. Em suma, trata-se de uma locação de obra para fins de edição.

Quanto às licenças de distribuição, trata-se de autorizar apenas a distribuição de exemplares do software ou das bases de dados. Uma vez que a distribuição faz parte dos direitos de autor, está sujeita a autorização do titular de direitos, exceto no que se refere a exemplares que já tenham sido licitamente distribuídos no mercado interno, caso em que terá ocorrido esgotamento do direito de distribuição (que não abrange todavia o aluguer desses mesmos exemplares). A licença de distribuição é igualmente uma autorização de utilização de obra intelectual. Todavia, ao contrário de outros contratos, como a edição ou a representação, o CDADC não regula o contrato de distribuição, o mesmo sucedendo com as leis do software e das bases de dados – para além da questão do esgotamento do direito. Todavia, enquanto autorização de utilização temporária de obra intelectual mediante remuneração, a licença de distribuição é também uma forma de locação de obra intelectual. Além disso, estas licenças podem revestir uma modalidade de contrato de distribuição, designadamente a concessão ou a franquia, pelo que se deverá atender à lei do contrato de agência (DL 178/86¹) uma vez que as suas

¹ Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de dezembro, relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais. *Vide* Monteiro, António Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

disposições poderão ser aplicadas, por analogia, a esses contratos. Com efeito, a operação económica que subjaz à licença de distribuição poderá corresponder a um contrato de concessão ou de franquia, consoante os casos, implicando por isso outras obrigações como a prestação de serviços de assistência pós-venda, a utilização do uniforme empresarial da licenciante, formação técnica especializada, etc.

Em termos de regime jurídico, a licença de distribuição, enquanto locação de obra, reger-se-á pelas disposições da locação e, enquanto acordo de distribuição, pelas disposições da agência que sejam aplicáveis, e ainda pelas regras gerais aplicáveis aos contratos enquanto negócios jurídicos e fonte de obrigações. Atente-se, não obstante, que, enquanto locação de obra e acordo de distribuição, estas licenças são contratos mistos, articulando-se as disposições aplicáveis segundo o critério da teoria da combinação (mobilizada pelo STJ no acórdão de 5 de julho de 1994¹, relativo a um contrato de fornecimento e instalação de equipamento informático, qualificado como um contrato misto de compra e venda e empreitada). Em caso de conflito insanável, atender-se-á ao critério da teoria da absorção, no sentido de prevalecerem as disposições que regulam as prestações relativas às finalidades principais do contrato.

Sendo o fim da licença a distribuição, deverão prevalecer as disposições específicas que regulam os acordos de distribuição? Poderá argumentar-se que a licença de distribuição só é condição de licitude da atividade do distribuidor no caso de os direitos existirem e na medida em que ainda não tenha ocorrido o esgotamento do direito de distribuição. Nessa medida, em caso de conflito insanável entre uma norma da locação e outra da agência (por ex., no domínio da cessação do contrato), deveria esta última prevalecer, ainda que fosse aplicável apenas por analogia. Todavia, deve ter-se em conta que, tratando-se de licenças de distribuição de bens informáticos protegidos e no âmbito dessa proteção, é no exercício do seu exclusivo de distribuição que o titular de direitos estipula os termos em que, por via da licença que concede à outra parte, lhe permite a utilização da obra para os fins de distribuição, o qual, uma vez no gozo da coisa, passa a dispor de um direito de gozo oponível *erga omnes* (art. 1037º/2 CC) – não carecendo para o efeito de registo, ao contrário do que sucede nas licenças de direitos industriais (e.g., patentes, marcas). Além disso, a licença, enquanto locação, não termina se o licenciante tiver transmitido os seus direitos a terceiro por exemplo no âmbito de um negócio trespasse (art. 1057º CC). Em suma, a atividade de distribuição depende dos termos da licença, pela qual o titular de direitos autoriza a utilização da sua obra protegida.

5.2. Licenças de utilização final

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

¹ CJ 1994, II, p. 174.

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

5.2.1. Licenças de software encomendado (‘feito à medida’)

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

No direito português, a tese da qualificação da encomenda de obra intelectual como contrato de empreitada foi acolhida pelo STJ no seu acórdão de 3 de novembro de 1983¹. Todavia, os argumentos da tese da encomenda de obra intelectual como contrato de prestação de serviços inominado, a reger, em princípio, pelas disposições do mandato, acabariam por convencer o Supremo no seu acórdão de 2 de fevereiro de 1988². Já antes se tinham pronunciado neste sentido a Relação de Lisboa (acórdão de 17 de março de 1976) e a Relação do Porto (acórdão de 20 de julho de 1982³). Esta última ainda reafirmou a tese da qualificação da encomenda de obra intelectual como empreitada no acórdão de 3 de outubro de 1995, mas o Supremo Tribunal de Justiça reiterou a sua qualificação como contrato inominado de prestação de serviços nos acórdãos de 5 junho 2001⁴, de 29 de abril e 6 de maio, ambos de 2003, e de 11 de julho de 2006⁵.

Todavia, basear a exclusão das regras legais da empreitada na suposta essencialidade da natureza corpórea do seu objeto é apoio insuficiente. Por essa razão também a edição não deveria ser qualificada como empreitada (mas veja-se o acórdão do STJ de 26 de junho de 1999⁶; para uma correta caracterização da edição veja-se o acórdão da Relação do Porto de 21 de outubro de 2003). Da nossa parte, somos favoráveis à qualificação como empreitada do contrato de encomenda de obra intelectual, incluindo o software e as bases de dados. De resto, esta será a mais recente orientação do STJ, já que parece

¹ BMJ 331 (1983), p. 489.

² BMJ nº 374, p. 449.

³ CJ VIII, IV, p. 22.

⁴ CJ/ASTJ, IX, II, p. 120.

⁵ Salvo outra indicação, www.dgsi.pt.

⁶ BMJ 488 (1999), p. 386.

aceitar a qualificação como empreitada de um contrato de encomenda de uma obra audiovisual no acórdão de 4 de março de 2010.

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

5.2.2. Licenças de software ‘tal e qual’

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

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

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

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

Em sentido favorável à qualificação como compra e venda dos contratos pelos quais se transmite onerosamente a propriedade de cópias de obras protegidas por direitos de autor aponta o art. 3.º do DL 332/97¹, que define a venda como uma forma de distribuição juntamente com o aluguer e o comodato, para efeitos do art. 68º/2 do CDADC. Ora, na situação típica do software comercializado em massa, tratar-se-á de uma compra e venda em termos de aquisição de um direito disponível de uso não exclusivo, em que a lei garante imperativamente ao adquirente certos direitos mínimos de utilização.

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

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

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

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

¹ Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro, alterado pela Lei 16/2008.

devido a furto do suporte material desse software não implicaria a perda de direitos por parte do utilizador autorizado, assim como não acarretaria a aquisição de direitos de utilização desse software pelos autores do furto dos equipamentos.

Note-se, todavia, que as licenças de utilização não conferem ao utilizador senão os direitos de utilização, incluindo os que a lei imperativamente lhe garante. Desde logo, em princípio, o licenciado não tem o direito de instalar o programa em vários computadores nem o pode utilizar em vários terminais ligados em rede a partir de um servidor central, tal como decidiu a Relação de Lisboa em diversos acórdãos (26/4/1994¹; 12/10/1995²; TRC 12/7/2006). Isto significa que estão sujeitas a autorização a instalação e funcionamento dos programas em diversos computadores bem como a sua instalação em servidor e reprodução transitória em terminais (licenças LAN). Além disso, em vários casos envolvendo empresas que não operam diretamente no mercado da informática, a jurisprudência é uniforme no sentido de que a reprodução de programas de computador para uso interno da empresa carece de autorização dos titulares de direitos de autor (STJ 20/9/2005; TRP 2/5/2001, 16/6/2004, 11/4/2007; TRL 14/6/2006). Quanto às empresas de comercialização de material informático e prestação de serviços informáticos, a mera alegação de que utilizam cópias de apoio ou de segurança dos clientes e que se destinam a ser instaladas nos seus computadores não faz prova da licitude das cópias, embora nem sempre seja fácil a prova das infrações (TRP 19/3/2003, 23/4/2003, 18/6/2003, 16/6/2004).

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

O movimento software livre (*free software*) foi lançado por Richard Stallman, que criou em 1985 a Fundação para o Software Livre (*Free Software Foundation*). Esta Fundação dedica-se à eliminação de restrições sobre a cópia, redistribuição, estudo e modificação de programas de computador. Stallman introduziu os conceitos de *software livre* e *copyleft*, que foram desenvolvidos com o intuito de dar aos utilizadores liberdade de utilização e de programação, e de restringir as possibilidades de apropriação exclusiva. O movimento do software livre, apesar de combater a apropriação dos códigos de programação informática por via de direitos de autor e patentes, não abdica desses direitos, em especial no que respeita à sua vertente pessoal. Nesta linha inserem-se também as licenças Creative Commons.³

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

¹ CJ 1994, II, p. 130.

² CJ 1995, IV, p. 109

³ Ver, com mais referências, Pereira, Alexandre L. Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, § 4.

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

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

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

7. Licenças compulsórias por exigências do direito da concorrência

Apesar de a legislação dos direitos de autor sobre bens informáticos não prever expressamente a possibilidade de licenças obrigatórias por razões de concorrência, o juiz comunitário tem validado decisões da Comissão Europeia nesse sentido. Na linha da jurisprudência comunitária sobre recusa de acesso a um elemento essencial do processo produtivo (ICI/Commercial Solvents, 1974; Volvo/Veng, 1988; Oscar Bronner/Mediaprint, 1998), destacam-se neste ponto as decisões dos tribunais comunitários sobre a recusa de licenciamento de informação protegida por direitos de autor e conexos (copyright) como modalidade de abuso de posição dominante. Trata-se da jurisprudência inicialmente firmada no acórdão *Magill*¹, posteriormente retomada pelo TJ no acórdão *IMS*² e mais recentemente desenvolvida pelo TPI no caso *Microsoft*³, na parte relativa à recusa de fornecimento às empresas concorrentes de informações sobre a interoperabilidade de software.⁴

¹ C-241/91 P e C-242/91 P, RTE/ITP (Magill), Col. 1995, I-0743.

² C-418/01, IMS Health/NDC Health, Col. 2004, I-5039.

³ T-201/04, Microsoft c. Comissão, Col. 2007, II-03601, §§ 797-9.

⁴ Vide Pereira, Alexandre L. Dias, 'Inovação tecnológica, propriedade intelectual e defesa da concorrência no mercado do software', *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 85 (2009), p. 237; Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição dominante na Nova Economia*, Almedina, Coimbra, 2010; Trabuco, Cláudia, 'A interoperabilidade entre o Direito de Autor e o Direito da

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

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

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

Concorrência (Ac. do TPI de 17.09.2007, Proc. T- 201/04 – Microsoft Corp. v Commission of the European Communities), *Cadernos de Direito Privado* 21 (2008), p. 28.

no mercado, mas também a produtos já existentes suscetíveis de melhoramentos, com exclusão das meras réplicas sem valor acrescentado, de modo a proteger o processo concorrencial no ‘*downstream market*’.

Mais recentemente, na sua Comunicação *Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*¹, a Comissão esclarece que, tendo em conta a jurisprudência consolidada, são três os requisitos que podem justificar a imposição de uma licença compulsória: a) necessidade objetiva do meio de produção por impossibilidade de fonte alternativa; b) eliminação da concorrência efetiva, cuja probabilidade é tanto maior quanto maior for a quota de mercado da empresa dominante no mercado a jusante; c) prejuízo para o consumidor, em virtude nomeadamente de os concorrentes serem impedidos de introduzir bens ou serviços inovadores e/ou quando é provável que a inovação subsequente venha a ser travada.

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

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

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

¹ JO 2009/C 45/02, 24.02.2009.

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

8. Comércio eletrónico de software e bases de dados e proteção do consumidor

Com o desenvolvimento do comércio eletrónico, é cada vez mais frequente a obtenção de licenças de software e/ou de bases de dados pela Internet. Com efeito, as empresas de software disponibilizam os produtos em linha e os utilizadores procedem à sua encomenda pela via eletrónica. Além disso, tanto o pagamento como a entrega dos bens podem efetuar-se igualmente pela via eletrónica (comércio eletrónico direto), sem prejuízo das tradicionais vendas à distância por catálogo com entrega dos bens em suporte tangível (CD, DVD) por via postal ou afim (comércio eletrónico indireto).

Tendo em conta as especificidades da negociação à distância e particularmente da via eletrónica, a lei confere proteção especial ao consumidor em ordem a promover a sua confiança na economia digital. Assim, para além dos direitos mínimos atribuídos por lei autoral ao utente legítimo (consumidor ou profissional) de software e/ou de bases, são estabelecidos diversos limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio eletrónico por razões de proteção do consumidor.¹ Vejamos alguns exemplos.

Por um lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respetivo regime (DL 143/2001²). Desde logo, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, em termos que parecem colocar o fornecedor na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias (art. 6.º). Note-se, porém, que o diploma dos contratos à distância dispõe que, salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer este direito em certos contratos, designadamente de ‘fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade’, bem como de ‘fornecimento de jornais e revistas’ (art. 7º/d-e). A aplicação deste preceito a software e bases de dados comercializados em

¹ Vide AA.VV., *Lei do Comércio Eletrónico Anotada*, MJ/GPLP, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; Ascensão, José de Oliveira, ‘Contratação eletrónica’, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, p. 60; Correia, Miguel Pupo, ‘Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?’, *Estudos de Direito do Consumidor*, 4, Coimbra, 2002, p. 165; Pereira, Alexandre L. Dias, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999; Id. ‘A proteção do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico’, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000), p. 43; Id. ‘Comércio eletrónico e consumidor’, *Estudos de Direito do Consumidor*, 6 (2004), p. 341; Pereira, Joel T. Ramos, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004.

² Decreto-Lei n.º 143/2001, que transpõe a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, alterado pelo Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de maio.

suportes materiais não suscita especiais dificuldades. O mesmo já não sucede, todavia, quanto ao fornecimento com entrega em linha de ficheiros eletrónicos (download) no que respeita à retirada pelo consumidor do selo de garantia de inviolabilidade dos bens em causa. Será esta exigência aplicável no ambiente em linha? A resposta deve ser positiva, na medida em que uma vez instalado o software ou obtido acesso à base de dados mediante aceitação dos termos da licença (*click-wrap*) o consumidor possa conservar tais bens na sua esfera de disponibilidade.

Por outro lado, em transposição da Diretiva 2000/31¹, o diploma sobre comércio eletrónico (DL 7/2004) consagra diversas normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor, tais como, a proibição da publicidade oculta (art. 21.º), o princípio da exigência de autorização do consumidor relativamente ao envio automático de mensagens eletrónicas para fins de marketing direto (art. 22.º), a imposição de deveres aos fornecedores tais como colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correção de erros (art. 27.º), de lhe prestar um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de receção (art. 28.º) e de acusar imediatamente receção da encomenda, salvo se proceder à imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 1 e 2). Além disso, o diploma interno acrescenta a proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4) e ainda a disposição nos termos da qual a encomenda só se considera definitiva com a receção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada na sequência do aviso de receção (art. 29.º, 5).

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

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

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

A proteção do consumidor releva também em sede de tribunal competente e de lei aplicável¹, derrogando em certas circunstâncias o princípio da liberdade contratual no sentido da competência imperativa do foro do consumidor (Regulamento 44/2001², art. 16.º) e da inderrogabilidade das normas imperativas de proteção do consumidor segundo a lei do seu domicílio (Regulamento 593/2008³, art. 6). Quanto a saber o que se entende por atividade dirigida, designadamente se abrange a mera acessibilidade de páginas Web, deverá atender-se ao considerando (2) do Regulamento 593/2008 nos termos do qual ‘A coerência com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 exige, por um lado, que se faça referência à noção de «atividade dirigida» como condição para a aplicação da regra de proteção do consumidor e, por outro lado, que esta noção seja objeto de uma interpretação harmonizada no Regulamento (CE) n.º 44/2001 e no presente regulamento, tendo presente que uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 afirma que, para que a alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º seja aplicável, «não basta que uma empresa dirija as suas atividades para o Estado-Membro onde o consumidor está domiciliado, ou para vários Estados incluindo esse Estado-Membro. É preciso também que tenha sido celebrado um contrato no âmbito dessas atividades». A referida declaração indica igualmente que «o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efetivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes».’

Por outro lado, em sede de competência judiciária, será de afirmar a possibilidade de controlo de pactos atributivos de jurisdição enquanto cláusulas abusivas, no sentido de o tribunal poder fundar a sua competência nas normas imperativas de proteção do

¹ Vide Oliveira, Elsa Dias, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspetiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002; Pereira, Alexandre L. Dias, ‘Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo’, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3 (2001), p. 281; Pinheiro, Luís de Lima, ‘Direito aplicável aos contratos com consumidores’, *Revista da Ordem dos Advogados* 66 (2001), p. 162; Id. ‘Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet’, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, p. 171; Vicente, Dário Moura, ‘Comércio eletrónico e competência internacional’, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 903.

² Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I).

³ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

consumidor, mesmo contra um pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência que o prive desses direitos, ao menos quando, socorrendo-nos do critério previsto no DL 446/85¹, o contrato ‘apresente uma conexão estreita com o território português’ (art. 23.º, 1). A semelhante resultado chegou o TJUE no caso *Oceano*, em que estava em causa a interpretação da diretiva sobre cláusulas abusivas. O Tribunal de Justiça decidiu que o tribunal pode apreciar, *ex officio*, a nulidade das cláusulas, mesmo de cláusulas de jurisdição que não lhe reconheçam competência².

¹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de janeiro, que transpõe a Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de julho

² C-240/98 e C-244/98, 27.6/2000 (*Océano Grupo Editorial v. Salvat Editores*), **Col. 2000, I-4941**.

LICENÇAS DE SOFTWARE LIVRE*

1. Origem e função das licenças de software livre

As licenças de software livre foram lançadas na década de 80 do século XX de modo a permitir a livre reprodução, modificação e distribuição de programas de computador, em especial pela comunidade de programadores informáticos e utilizadores. Inicialmente o programa (*software*) era comercializado como parte integrante do computador ou máquina (*hardware*). Todavia, as empresas de software autonomizaram o seu contributo e, tendo obtido reconhecimento legal da proteção jurídica dos programas de computador ao abrigo do copyright (direitos de autor), passaram a utilizar a figura das licenças de software para estabelecer os termos em que autorizavam a utilização dos programas por parte dos fabricantes de computadores e dos utilizadores em geral. Surgiram então as licenças de software proprietário, pelas quais os titulares do copyright autorizavam a utilização dos programas protegidos, normalmente mediante pagamento e dentro dos limites aí definidos (e.g. limites temporais, número de equipamentos de instalação, licenças LAN, etc.), reservando para si a propriedade do software e o respetivo código-fonte.

O movimento do software livre, fundado por Richard Stallman, surgiu como alternativa à monopolização comercial do software. Lançou as licenças de software livre GNU (*General Public License*), de modo a que os utilizadores pudessem livremente reproduzir, modificar ou distribuir o software sem ficarem sujeitos ao controlo dos titulares do copyright, embora sujeitos à obrigação de fornecer uma cópia da licença aos utilizadores do programa e de permitir a todos a mesma liberdade de utilização dos seus *inputs*^{1,2}. Entre as soluções baseadas em software livre destacam-se o sistema operativo GNU/Linux, criado pelo estudante finlandês Linus Torvalds em 1991, que teve muito êxito designadamente no mercado dos *smart phones*, com destaque para o sistema *Android*, que é um seu derivado. Destacam-se ainda o navegador *Mozilla Firefox* e o software de servidor de rede *Apache*. Para ser considerado software livre a licença deverá proporcionar quatro liberdades fundamentais: utilizar o programa para quaisquer fins (1), modificar o programa e adaptá-lo às necessidades do utilizador, o que implica liberdade de acesso ao código fonte (2); redistribuir cópias de forma gratuita ou remunerada (3); distribuir versões modificadas do programa, de tal modo que a comunidade possa beneficiar das suas melhorias (4).³

* In *Direito e Informação na Sociedade em Rede* (2016: 111-125).

¹ Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman, Introduction by Lawrence Lessig, ed. Joshua Gay, GNU Press www.gnupress.org (Free Software Foundation Boston, MA USA, 2002) <https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>

² Existe tradução espanhola dos ensaios de Richard Stallman, *Free software, free society - Software libre para una sociedad libre* (2. ed. Madrid, Traficantes de Sueños, 2007).

³ Branco, Marcelo, 'Software Livre e Desenvolvimento Social e Económico', in Castells, Manuel, Cardoso, Gustavo (org.) *A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política* (Debates – Presidência da República, INCM, 2006) 230-1.

O movimento do software livre inspirou¹ outras iniciativas, como a *Open Source Initiative*², e mais tarde as licenças *Creative Commons*³, enquanto ferramenta de partilha de conteúdos no ambiente digital, incluindo a possibilidade de fazer alterações e/ou utilizações comerciais, sem prejuízo de modalidades de licença de partilha mais limitada (por ex., proibindo alterações e/ou utilizações comerciais).⁴ Entre projetos de *open content* baseados em licenças alternativas destaca-se a *Wikipedia*, que é uma enciclopédia multilingue em linha elaborada por autores de todo o mundo que disponibilizam os seus artigos, permitindo a sua livre modificação, de acordo com a Licença GNU de Documentação Livre e a licença *Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0 Unported*.⁵

O conceito de «Copyleft» não significa a inexistência de direitos de autor, uma vez que, ao invés de se lançar o software no domínio público, afirma-se a sua proteção pelos direitos de autor e, com base nisso, as licenças definem os termos de utilização e de distribuição, concedendo a todos o direito de usar, modificar, e redistribuir o código-fonte do programa ou qualquer outro programa derivado, mas somente se os termos de distribuição permanecerem inalterados. Pretende-se assim que o código e as liberdades de utilização e programação se tornem legalmente inseparáveis.⁶ Nas palavras de Chander e Sunder, “instead of putting GNU software in the public domain, we ‘copyleft’ it. Copyleft says that anyone who redistributes the software, with or without changes, must pass along the freedom to further copy and change it.”⁷

Neste trabalho analisamos o enquadramento jurídico das licenças de software livre enquanto bens suscetíveis de proteção por direitos de propriedade intelectual e concedidas no exercício desses direitos, ou seja, enquanto licenças de propriedade intelectual, tendo em conta o regime jurídico destes direitos e a sua (possível) natureza contratual.⁸

¹ Dusollier, Séverine, ‘Inclusivity in intellectual property’, D. Dinwoodie (ed.) *Intellectual Property and General Legal Principles: Is IP a Lex Specialis?* (EE Cheltenham, 2015, 101-118) 109.

² <http://opensource.org/>

³ <http://creativecommons.org/>

⁴ Destaca-se, neste movimento, a obra de Lawrence Lessig, nomeadamente *Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade* (trad. Fábio Emilio Costa) - <http://www.free-culture.cc/>

⁵ <https://pt.wikipedia.org/>

⁶ Vide Pereira, A.L. Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina, Coimbra, 2008, 4.1.2).

⁷ Chander, Anupam; Sunder, Madhavi, ‘The Romance of the Public Domain’, *California Law Review*, Vol. 92(2004), p. 1373.

⁸ Sobre as questões jurídicas suscitadas pelas licenças de software e outros modelos alternativos, em especial em sede de direitos de autor, direito dos contratos e direito da concorrência, vide Metzger, Axel (ed.) *Free and open source software (FOSS) and other alternative license models: a comparative analysis*. Springer, 2016. Van den Brande, Ywein (ed.) *The international free and open source software law book* (2. ed. München, Open Source Press, 2014). Rautenstrauch, Birthe. *Open-Source-Computersoftware zwischen Urheber- und Kartellrecht - die Verletzung von Art 101 AEUV / 1 GWB durch Open-Source-Computersoftwarelizenzen* (Hamburg, Kovač, 2013). Shemtov, Noam; Walden, Ian. *Free and open source software: policy, law and practice* (Oxford Univ. Press, 2013). Matz, Janina, *Erfolgsfaktoren und Geschäftsmodelle betriebswirtschaftlicher Open-Source-Anwendungssoftware* (Hamburg, Kovač, 2012). Jaeger, Till; Metzger, Axel, *Open-Source-Software: rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software* (3. Aufl. München, Beck, 2011). Lesser, Lori E., *Open source and free software 2011 - benefits, risks and challenges* (New York, Practising Law Inst. 2011). Meyer, Stephan T. *Miturheberschaft bei freier Software: nach deutschem und amerikanischem Sach- und*

Com efeito, os programas de computador originais são protegidos por direitos de autor nos termos do DL 252/94¹, que constituem um dos ramos da propriedade intelectual, ao lado da propriedade industrial, consagrada no Código Civil (CC) como forma especial de propriedade (art. 48º e 1303.º CC).² Os direitos de propriedade intelectual podem ser transmitidos ou onerados, ou objeto de autorizações de utilização. Estas autorizações

Kollisionsrecht (Baden-Baden, Nomos, 2011). Suchomski, Bernd, *Proprietäres Patentrecht beim Einsatz von Open Source Software: eine rechtliche Analyse aus unternehmerischer Sicht* (Bonn, TGRAMEDIA, 2011). Van den Brande, Ywein (ed.) *The international Free and Open Source Software law book*. München (Open Source Press, 2011). Siewicz, Krzysztof, *Towards an improved regulatory framework of free software: protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments* (Leiden, E.M. Meijers Instituut, 2010). Surhone, Lambert M. (ed.) *Open source license - Open source, license, copyright, computer software, intellectual property, open source definition, debian free software guidelines, shared source* (Beau Bassin, Betascript, 2010). Phillips, Douglas E., *The software license unveiled: how legislation by license controls software access* (New York, Oxford University Press, 2009). Lindberg, Van, *Intellectual property and open source - a practical guide to protecting code* (Beijing, O'Reilly, 2008). Mundhenke, Jens, *Wettbewerbswirkungen von Open-Source-Software und offenen Standards auf Softwaremärkten* (Berlin, Springer, 2007). Teupen, Christian, *"Copyleft" im deutschen Urheberrecht. Implikationen von Open Source Software (OSS) im Urhebergesetz* (Berlin, Duncker & Humblot, 2007). St. Laurent, Andrew M. *Understanding open source & free software licensing - guide to navigating licensing issues in existing & new software* (Beijing, O'Reilly, 2004). Widmer, Mike J. *Open Source Software - urheberrechtliche Aspekte freier Software* (Bern, Stämpfli, 2003). Podem ainda consultar-se outros trabalhos, nomeadamente: Chen, Szu-Hao, *Observation of the interaction between free software development and intellectual property law* (2013). Broca, Sébastien, *L' utopie du logiciel libre: la construction de projets de transformation sociale en lien avec le mouvement du "free software"* (2012). De Nicolò, Christopher, *Open-Source-Software: rechtliche Aspekte nach deutschem und italienischem Recht ; eine rechtsvergleichende Studie* (2010). González de Alaiza Cardona, José Javier, *Open source, free software, and contractual issues* (Cambridge, Harvard Law School, 2006). Peukert, Alexander; König, Dominik, *License contracts, free software and creative commons: national report Germany* (Frankfurt am Main, 2014); Spindler, Gerald (Hrsg.) *Open Source* (Otto Schmidt, Köln, 2003); Müller, Norman; Gerlach, Carsten, *Open-Source-Software und Vergaberecht (Rechtliche Rahmenbedingungen für die Beschaffung von Open-Source-Software)*, CR 2005, p. 87.

Seguimos de perto o nosso estudo 'As licenças de software livre e open source (FOSS) como ferramenta de equidade tecnológica' inserido na obra *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, coordenada por António Pinto Monteiro (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, 111-131), baseado no relatório que elaborámos para o Congresso de Viena da Associação Internacional de Direito Comparado, publicado, com adaptações, sob o título 'License Contracts, Free Software and Creative Commons in Portugal', in Metzger, Axel (ed.) *Free and open source software (FOSS) and other alternative license models: a comparative analysis* (Springer, 2016), e que apresentámos ainda no *Master Oficial en Derecho Privado Patrimonial* da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Espanha, no dia 30 de outubro de 2015.

¹ Sobre a proteção jurídica dos programas de computador, Ascensão, J. Oliveira 'A protecção jurídica dos programas de computador', *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50 (1990) I, 1990, 69-118; Id. *Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos* (Coimbra Editora, 1992). Rebello, L. Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – Anotado* (2.ª Lisboa, Âncora, 2002). Martins, Lourenço; Marques, Garcia, *Direito da Informática* (2.ª, Coimbra, Almedina, 2006); Cordeiro, Pedro 'A lei portuguesa do «software»', *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54 (1994), II, 714-735; Vieira, J. Alberto, *A protecção dos programas de computador pelo direito de autor* (Lisboa, Lex, 2005); Id. 'Notas gerais sobre a protecção dos programas de computador em Portugal', *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I (Coimbra Editora, 1999); Rocha, M. Lopes; Cordeiro, Pedro, *A protecção jurídica do software* (2.ª ed. Lisboa, Cosmos, 1995). Saavedra, Rui, *A protecção jurídica do software e a Internet* (Lisboa, D. Quixote, 1998); Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital* (Coimbra Editora, 2001); Id. 'Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica', *Direito da Internet e da Informática* (Coimbra Editora, 2004, 73-136); Id. 'Patentes de programas de computador e métodos de negociação na Internet', in Ascensão, J. Oliveira (ed.) *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IX (Coimbra Editora, 2011, 111-123).

² Recentemente, sustentando a natureza do direito de autor como propriedade (incorpórea), vide Phillippe Mouron, 'De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français', *RIDA* nº 245 (2015) 265-367.

são denominadas ‘licenças’ no art. 32º do Código da Propriedade Industrial (CPI). O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) não consagra tal denominação (arts. 41º-43º), e o mesmo sucede com a lei de proteção dos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor (DL 252/94). De todo o modo, as licenças são igualmente utilizadas no campo dos direitos de autor, falando-se genericamente – por influência do direito inglês e norte-americano –, em licenças de propriedade intelectual, sem prejuízo das especificidades de cada direito em causa.¹

De um modo geral, as licenças de propriedade intelectual consistem em autorizações de utilização temporária e normalmente mediante remuneração de bens protegidos pela propriedade intelectual (patentes de invenção, modelos e desenhos, marcas e logótipos, obras literárias e artísticas e prestações de artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e/ou videogramas, organismos de radiodifusão, e produtores de bases de dados). Podem ter fonte contratual ou legal. As primeiras resultam de um acordo entre o titular de direitos e o licenciado, enquanto as segundas são diretamente permitidas pela lei ou resultam de decisão de órgão administrativo ou judicial nos termos legalmente previstos (as chamadas licenças compulsórias²).

As licenças de software livre ou de fonte aberta não são objeto de regime especial, exceto no que respeita à proibição de os contratos públicos excluírem soluções baseadas em normas abertas, nos termos da Lei das Normas Abertas e do respetivo regulamento.³ Além disso, existe uma versão portuguesa da *European Union Public License* (EURL), que corresponde no essencial às licenças GNU em todas as línguas da União Europeia para o licenciamento de software da Comissão Europeia.⁴

2. aspetos contratuais das licenças de software livre

2.1. Formação das licenças de software livre

No direito português as licenças de software poderão ter natureza contratual, enquanto acordo de vontades visando a produção de determinados efeitos jurídicos.⁵ Exige-se

¹ Ascensão, J. Oliveira, ‘A «Licença» no Direito Intelectual’. Almeida, C Ferreira de, Gonçalves, L Couto, Trabuço, Cláudia (Eds.) *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial* (Almedina, Coimbra, 2011) 93-112. Leitão, LM Menezes, *Direito de Autor* (Coimbra, Almedina, 2011); Bessa, Tiago ‘Direito Contratual de Autor e Licenças de Exploração da Obra’, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72 (2012) IV, 1129-1246.

² Com relevo sobretudo na propriedade industrial, em especial nas patentes: *vide* Marques, J.P. Remédio, *As licenças (voluntárias e obrigatórias) de direitos de propriedade industrial* (Coimbra, Almedina, 2008); Id. ‘Contrato de Licença de Patente’. Almeida, C. Ferreira de, Gonçalves, L. Couto, Trabuço, Cláudia (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, cit., 395-454.

³ Lei 36/2011, de 21 de junho, e Regulamento n. 91/2012, de 8 de novembro. Com vista a promover a ‘liberdade tecnológica dos cidadãos’ e a interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado, estabelece que é nulo todo e qualquer ato contratual da AP que exclua as normas abertas, tal como previsto no regulamento nacional da interoperabilidade digital. Esta Lei complementa, por isso, o regime da contratação pública estabelecido pelo Código dos Contratos Públicos (DL 18/2009, com alterações posteriores). Sobre o tema, Pereira, Alexandre Dias ‘Normas abertas nos sistemas informáticos do Estado’, *Revista do CEDOUA* No 29 (2012) 39-43. Sobre as vantagens do software livre ver também Pablo de Camargo Cerdeira e Pedro de Paranaguá Moniz, ‘Copyleft e software livre: opção pela razão - eficiências tecnológica, econômica e social’, *Revista da ABPI* No 71 (2004) 15-29.

⁴ European Union Public License- EURL v.1.1. European Commission, IDABC, Bruxelas, 2007 - <http://ec.europa.eu/idabc/eupl.html>

⁵ Sobre o direito contratual português *vide* Andrade, Manuel AD, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II (Coimbra, 1960); Lima, FA Pires de, Varela, JM Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I (Artigos

uma proposta ou oferta e uma aceitação, expressa ou tácita, embora a comunicação da aceitação da proposta possa ser dispensada pelas circunstâncias do negócio ou dos usos relevantes, considerando-se o contrato celebrado quando a utilização do programa nos termos da licença de software livre revele a vontade de aceitar a proposta (art. 234º CC). O facto de a licença ser gratuita não obsta à sua natureza contratual, uma vez que são admitidos diversos tipos de contratos gratuitos, tais como a doação e o comodato (art. 940º e 1129º CC). De todo o modo, para além de outros requisitos gerais relativos por exemplo à capacidade das partes e à declaração negocial, o objeto do contrato deve ser física e legalmente possível, lícito (incluindo conformidade com a ordem pública e os bons costumes) e determinável, sob pena de nulidade (art. 280º CC).

Por outro lado, as licenças de software livre contêm em regra cláusulas contratuais gerais, em virtude de serem redigidas sem negociação prévia individual e propostas a destinatários indeterminados, nos termos do DL 446/85 de 25 de outubro, com alterações posteriores (arts. 1º). Os *contratos de adesão* estão sujeitos ao dever de comunicação prévia e plena aos destinatários das cláusulas contratuais e ao dever de os informar e de lhes prestar todos os esclarecimentos razoáveis sobre o seu teor, sendo excluídas do contrato as chamadas ‘cláusulas surpresa’ (arts. 5º, 6º e 8º, DL 446/85). Por outro lado, o conteúdo das cláusulas deve conformar-se com as listas de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas, quer nos contratos entre empresários ou entidades equiparadas (B2B), quer nos contratos com consumidores (B2C). Por ex., as licenças de software livre incluem frequentemente cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade que são absolutamente proibidas, tais como cláusulas que limitem ou excluam, direta ou indiretamente, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas (art. DL 446/85, art. 18º/a). Pense-se, por ex., uma licença de software livre utilizada em soluções de telemedicina nos termos da qual o fornecedor do software exclui toda e qualquer responsabilidade pelas mortes ou incapacidades resultantes da utilização desse software.

2.2. Forma, incluindo a língua

Em matéria de forma, em desvio ao princípio geral da liberdade de forma (art. 219º CC), é exigida forma escrita para as licenças de propriedade industrial (art. 32º/3 CPI) e para as autorizações de direitos de autor (art. 41º/2 CDADC). Todavia, a jurisprudência só para as primeiras considera tratar-se de requisito de validade¹, pois que para as segundas entende ser mera formalidade probatória². Por outro lado, no que respeita

1.º a 761.º, 4.ª ed., col. M. Henrique Mesquita, Coimbra, 1987), vol. II (Artigos 762.º a 1250.º, 4.ª ed., Coimbra, 1997); Alarcão, Rui de, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J.C. Brandão Proença, com base nas Lições, Coimbra, 1983); Costa, M.J. Almeida, *Direito das obrigações* (12ª ed., Coimbra, 2009); Pinto, C.A da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005). V. tb. Telles, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral* (4.ª ed., Coimbra, 2002); Varela, J.M. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I (10.ª ed. Coimbra, 2000). Almeida, C. Ferreira de *Contratos*, vols. I (3ª ed. 2005), II (Coimbra, 2007); Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português* – vol. I (3.ª ed. Coimbra, 2005); Martínez, P. Romano, *Contratos em Especial* (2ª ed. Lisboa, 1996); Vasconcelos, P. Pais de, *Contratos Atípicos* (2ª ed., Coimbra, 2009); *Id. Teoria Geral do Direito Civil* (4.ª ed. Coimbra, 2007).

¹ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 5 de maio de 2013, proc. 7860/06 – www.dgsi.pt.

² Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 14 de março de 2006, proc. 06B231- www.dgsi.pt.

especificamente às licenças de software, o DL 252/94 parece excluir, por argumento *a contrario*, a exigência de forma escrita.

Quanto à língua do contrato, na ausência de regra específica, vale o princípio da liberdade de forma (art. 219º CC). Sendo que o Código Comercial consagra o princípio da liberdade de língua para os contratos comerciais (art. 96º), embora a natureza comercial das licenças de software livre não seja óbvia. Recorde-se a teoria dos atos de comércio e tenha-se em conta que o software é obra de profissionais não expressamente abrangidos pela matéria comercial tal como definida pela lei comercial.

De todo o modo, nos contratos com consumidores, a lei geral do consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho, art. 7º/3) e a lei da língua portuguesa (DL 238/86 de 19 de agosto) estabelecem que a informação sobre produtos e os contratos deve ser fornecida em língua portuguesa. Pelo que as licenças de software livre dirigidas a consumidores nacionais devem em princípio ser redigidas em Português, ainda que para a outra parte sejam comerciais.

2.3. Interpretação

Os contratos de direitos de autor, incluindo as autorizações ou licenças de utilização, estão sujeitos a uma regra de interpretação restritiva, de modo a prevalecer o sentido mais favorável ao titular de direitos (*in dubio pro auctore*). As licenças de direitos de autor são negócios formais devendo constar das autorizações escritas as utilizações consentidas bem como as respetivas condições, local e preço (art. 41º/3 CDADC). Nos contratos formais a declaração de vontade não pode ter um sentido que não tenha um mínimo de correspondência nas palavras do documento, ainda que imperfeitamente expresso, a menos que corresponda à vontade real das partes e as razões que justifiquem a formalização do contrato não se oponham a esse sentido (art. 238º CC).

Vale neste domínio a regra da interpretação objetivista, ainda que mitigada, para os contratos sujeitos a forma. Todavia, esta regra não se aplica às licenças de software, uma vez que o DL 2152/94 terá excluído os contratos de software da exigência de forma escrita.

2.4. Garantias e cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade

A natureza gratuita ou onerosa dos contratos é relevante neste domínio. Para os contratos onerosos o Código Civil estabelece uma garantia de bom funcionamento nos termos da qual independentemente de culpa do vendedor ou de erro do comprador, o vendedor tem a obrigação de reparar ou de substituir o bem transacionado (art. 921 CC). Por seu turno, nos contratos onerosos com consumidores (venda, empreitada), os consumidores que adquirem bens que não estão em conformidade com o contrato têm direitos imperativos de exigir a reparação ou substituição do bem (1), redução adequada do preço (2), ou a resolução do contrato com justa causa (3) – DL 67/2003 de 8 de abril (transpõe a Diretiva 1999/44/CE).

Ora, as licenças de software livre são muitas vezes dadas em termos gratuitos. Podem ser consideradas contratos de comodato uma vez que o licenciante autoriza a utilização gratuita do software. Neste sentido, o comodante não tem que garantir a utilização e o bom funcionamento do software nem é responsável por quaisquer defeitos ou limitações

do direito ou do bem, a menos que assuma essa responsabilidade ou aja intencionalmente para prejudicar a outra parte, o beneficiário da licença (arts. 1133º/1 e 1134º CC).

Por outro lado, enquanto ‘contratos de adesão’, as exclusões ou limitações de responsabilidade são proibidas se excluïrem ou limitarem a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade física ou moral, ou à saúde das pessoas, ou a responsabilidade por danos não patrimoniais causados à outra parte ou a terceiros; são igualmente proibidas, e por isso nulas, as cláusulas gerais que excluam ou limitem a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso em caso de dolo ou culpa grave (DL 446/85, art. 18º/a-b-c). A *contrario* são consideradas válidas, incluindo em contratos negociados, as cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade por danos patrimoniais em caso de culpa leve.¹

Finalmente, discute-se ainda, na doutrina, se a natureza imaterial do software obsta à aplicação do regime da responsabilidade do produtor (DL 383/89 de 6 de novembro, com alterações posteriores). Há quem defenda que o software deve ser considerado produto para efeitos desta lei, que estabelece a responsabilidade objetiva do produtor, no sentido de serem consideradas não escritas as cláusulas que a excluam ou limitem em relação às vítimas dos danos garantidos (art. 10º). Todavia, o ponto é duvidoso, uma vez que, sendo os programas de computador equiparados às obras literárias, coloca-se a questão de sujeitar as obras literárias em geral ao regime da responsabilidade do produtor.²

2.5. Cláusulas de cessação da licença por violação dos seus termos

As partes devem cumprir as suas obrigações contratuais em conformidade com a boa-fé (art. 762º/2 CC), observando os deveres acessórios que decorrem deste princípio geral dos contratos. A licença de software pode conter uma cláusula de cessação por infração dos seus termos (art. 432º/2 CC), a menos que regras imperativas estabeleçam de modo diverso. Por ex., a falta de pagamento do preço não justifica a cessação do contrato de compra e venda (art. 886º CC). De todo o modo, as licenças de software livre são geralmente concedidas a título gratuito, pelo que a questão do pagamento do preço não se colocará, exceto no caso de fornecimento de sistemas informáticos, incluindo o software.

Por outro lado, tratando-se de cláusulas gerais inseridas em contratos com consumidores, as cláusulas de cessação por não cumprimento do contrato são relativamente proibidas, i.e., podem ser nulas, dependendo do quadro negocial padronizado, se derem a uma das partes o direito de terminar livremente o contrato sem pré-aviso razoável (DL 446/85, art. 22º/1-b). De todo o modo, em princípio, o não cumprimento dos termos da licença é fundamento bastante para a resolução do contrato, presumindo-se a culpa do utilizador enquanto devedor na relação (art. 799º/1 CC). As referidas cláusulas abrangem mormente as situações de denúncia, isto é, de cessação

¹ Vide Monteiro, A. Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil* (Coimbra, 1985; 2ª reimp. Coimbra, Almedina, 2011); Id. ‘A Responsabilidade Civil na Negociação Informática’, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I (Coimbra Editora, 1999), 229-239.

² Vide Silva, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor* (Almedina, Coimbra, 1990).

livre do contrato, sem justificação, que não seja a proibição dos vínculos perpétuos enquanto princípio de ordem pública.

3. Direitos de autor

3.1. O direito de usar o software

As licenças de software livre ‘típicas’ (FOSS) concedem autorizações não exclusivas de reproduzir, distribuir e modificar o programa, e habitualmente não referem a mera utilização do programa, enquanto tal. A utilização final de obras protegidas por direitos de autor (e.g. ler um livro, ver um filme, ouvir uma música) está tradicionalmente fora do âmbito de proteção dos direitos de autor. Todavia, os atos de reprodução, permanente ou transitória, de programas protegidos pelos direitos autorais pertencem ao respetivo titular de direitos, ainda que sejam praticados para uso privado (DL 252/94, arts. 5º/a e 10). Assim, em princípio, a utilização lícita do programa exige uma licença, dado que a mera utilização do programa implica atos de reprodução (art. DL 252/94, art. 6).

A lei dos direitos de autor nos programas de computador estabelece que a utilização livre prevista no art. 75º do CDADC para as obras literárias ou artísticas vale igualmente *mutatis mutandis* para os programas de computador. E que a análise de programas para fins de investigação científica ou ensino é livre por lei (art. 10º/1-2 DL 252/94). O uso privado, todavia, está sujeito a licença do titular de direitos. Por outras palavras, é possível usar um programa de computador sem licença do titular de direitos para fins de investigação e de ensino bem como para outros fins permitidos ao abrigo do art. 75º do CDADC. Mas o uso privado requer uma licença que incluirá, pelo menos, por força da lei, certos direitos mínimos para o utilizador (*mandatory user rights*).

3.2. A especificação das utilizações autorizadas

A lei do software (DL 252/94, art. 10º) estabelece que as licenças de software são reguladas pelos princípios gerais do direito dos contratos bem como pelas disposições especiais dos contratos típicos (por ex., compra e venda, locação, comodato, empreitada), diretamente ou por analogia. Numa palavra, a lei do software não toma partido sobre a classificação das licenças de software, deixando a questão em aberto para a jurisprudência e a doutrina.¹

Além disso, a lei do software considera aplicáveis aos contratos de software certas disposições do CDADC, tais como os artigos 40º, 45º a 51º, e 55º. *A contrario*, parece afastar das licenças de software o art. 41º do CDADC, que estabelece o regime geral das autorizações de utilização de obras protegidas por direitos de autor (complementado por regimes especiais para diversas utilizações, tais como a edição, a representação, a produção cinematográfica, a radiodifusão).² Esse regime prevê, por exemplo, que as

¹ Pereira, A.L. Dias ‘Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais’, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59 (1999) III, 915-1000; Id. ‘Licenças de software e bases de dados’, *Revista da ABPI* nº 110 (2011) 23-32; Rocha, M. Lopes ‘Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de «software»’, *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* II (Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994) 695. Trabuco, Cláudia, ‘O direito de autor e as licenças de utilização sobre programas de computador: o contributo dos contratos para compreensão do direito’, *Revista Themis* 15 (2008) 139.

² Cordeiro, Pedro ‘A lei portuguesa do «software»’, cit., 714-35.

autorizações devem ser dadas por escrito presumindo-se onerosas e não exclusivas; além disso, elas devem especificar obrigatoriamente a utilização autorizada bem como as suas condições de tempo, espaço e preço.

Em vez de aplicar este regime às licenças de software o legislador consagrou orientações metodológicas, incluindo um princípio de interpretação dos contratos de software segundo as regras da boa-fé e dentro do fim justificado do contrato, semelhante à doutrina do fim da cessão (*Zweckübertragungslehre*) utilizada no direito alemão para os contratos autorais.

Relativamente às sublicenças, os utilizadores adquirem direitos nos termos de uma licença de software livre e a concessão de sublicenças só é possível se for autorizada pelo titular de direitos, como normalmente sucede.

3.3. Modos de utilização desconhecidos

Nos termos gerais do direito de autor, as formas desconhecidas de utilizar uma obra são abrangidas pelo âmbito de proteção do direito (arts. 67º e 68º CDADC), embora não possam ser abrangidas pela autorização, uma vez que esta deve especificar as utilizações autorizadas (art. 41º/3), valendo aqui, além do mais, o princípio da interpretação restritiva.

Todavia, a exigência de especificação das utilizações autorizadas não se aplica no domínio do software. A licença pode, assim, abranger formas de usar o software desconhecidas no momento em que é concedida. À partida, não parece que a isso se oponha a boa-fé nem o fim justificado do contrato (DL 252/94, art. 11º/3), na medida em que tais novas formas de usar o programa impliquem atos protegidos pelos direitos de autor (reprodução, distribuição, transformação).

Com efeito, a proteção do software pelos direitos de autor é limitada aos direitos exclusivos atribuídos pela lei do software. Por ex., a disponibilização ao público, para acesso no local e no momento individualmente escolhidos, não é prevista no catálogo legal de direitos exclusivos sobre o software estabelecido no DL 252/94. Este diploma prevê todavia um direito de colocação em circulação, sujeito a esgotamento, que corresponderá ao direito de distribuição da Diretiva 2009/24, e que pode ser elaborado no sentido de abranger a distribuição eletrónica, sujeita a esgotamento, tal como decidiu o TJUE no acórdão *UsedSoft*, tratando-se de licença de uso sem limite de tempo em troca pelo pagamento de um preço.

Nos termos do acórdão, o direito de distribuição da cópia de um programa de computador previsto no art. 4º/2 da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, esgota-se “se o titular do direito de autor, que autorizou, ainda que a título gratuito, o descarregamento dessa cópia num suporte informático através da Internet, também atribuiu, através do pagamento de um preço que se destina a permitir-lhe obter uma remuneração correspondente ao valor económico da cópia da obra de que é proprietário, um direito de utilização da referida cópia, sem limite de duração”; mais acrescentou que em caso de revenda de uma licença de utilização que envolva a revenda dessa cópia, “o segundo adquirente dessa licença, bem como qualquer adquirente posterior desta última, poderão invocar o esgotamento do direito de distribuição (...) e,

por conseguinte, poderão ser considerados adquirentes legítimos de uma cópia de um programa de computador, na aceção do artigo 5.º, n. 1, da referida diretiva, e beneficiar do direito de reprodução previsto nesta última disposição.”¹

3.4. Direitos morais e licenças de software livre?

Os autores de obras publicadas têm o direito de retirada, i.e., o autor pode em qualquer momento retirar a sua obra de circulação e fazer cessar a sua utilização, qualquer que ela seja, se para tanto tiver razões morais atendíveis e se compensar as partes interessadas pelos prejuízos que a retirada da obra lhes cause (art. 62º do CDADC). O direito de retirada é considerado um direito moral reconhecido pela lei portuguesa aos criadores intelectuais de obras literárias ou artísticas.

Todavia, a proteção dos direitos morais de autores de programas de computador é uma questão controversa. Alguns autores sustentam que a lei do software apenas reconheceu ao criador do programa o direito de identificação de autoria (DL 252/94, art. 9), à semelhança do direito moral do inventor nas patentes de invenção. Em especial, a aplicação do direito de retirada no domínio do software seria um ‘absurdo’.² Todavia, outro é o entendimento dos que, como nós, defendem que os direitos morais dos autores de programas de computador não resultam apenas da lei do software, mas antes do CDADC, uma vez que a Diretiva da EU impõe o princípio do tratamento dos programas de computador como obras literárias no sentido da Convenção de Berna.³ É por isso reconfortante constatar que o STJ tem aderido a esta posição, no sentido de não limitar a proteção dos direitos morais dos criadores de programas aos que estão expressamente contemplados na lei do software⁴. Deste modo, o criador do programa poderá exercer o seu direito de retirada se tiver razões morais atendíveis e indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar.

Por outro lado, as licenças de software livre permitem, em regra, a transformação ou modificação dos programas bem como a distribuição das suas versões modificadas, o que pode colidir com o direito moral à integridade da obra. Com efeito, o autor de obra literária ou artística pode proibir alterações à obra que ofendam a sua honra e reputação enquanto criador intelectual, sendo-lhes vedado renunciar a este direito (art. 56º CDADC).

No domínio da autoria de programas de computador, a lei do software não prevê expressamente o direito moral à integridade da obra. Modificar ou transformar o programa é considerado um ato abrangido pelos direitos económicos, tanto mais que a lei do software (art. 3º/5 DL 252/94) exclui a aplicação do art. 15º/2 do CDADC aos programas de computador. Nos termos desta disposição, a modificação da obra carece

¹ Acórdão de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, *UsedSoft v Oracle*, ECLI:EU:C:2012:407 - <http://curia.europa.eu/>. Sobre o impacto deste acórdão nas licenças de software em especial e nas licenças de conteúdos digitais em geral, vide Hilty, Reno, Köklü, Kaya, Hafenbrädl, ‘Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle case from a Comparative Law Perspective’, IIC - *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44(2013) 263-292.

² Ascensão, J. Oliveira ‘A protecção jurídica dos programas de computador’, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* Ano (1990) I, 69-118; Cordeiro, Pedro ‘A lei portuguesa do «software»’, cit. 714-35.

³ Pereira, Alexandre L. Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina, 2008).

⁴ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 29 de novembro de 2012, proc. 957/03 – www.dgsi.pt

de autorização do autor e pode apenas realizar-se de acordo com o que houver sido convencionado. Todavia, como vimos, no entender do STJ, a lei do software, no tocante aos direitos morais, não impede os tribunais de reconhecerem direitos morais mínimos aos criadores de software, uma vez que os programas de computador devem ser tratados como obras literárias no sentido da Convenção de Berna.¹

3.5. Direito a compensação ou remuneração equitativa

O regime especial da titularidade de direitos de autor sobre programas de computador, de feição marcadamente empresarial, não afasta o direito do criador intelectual a compensação suplementar se a criação intelectual exceder o desempenho da tarefa que lhe foi cometida ou/e se a obra for utilizada ou se dela forem retiradas vantagens não incluídas nem previstas na remuneração convencionada (art. 3º/4 DL 252/94 e art. 14º/4 CDADC; um direito a compensação suplementar é igualmente previsto no art. 49º CDADC para os casos em que o autor transfere contratualmente os seus direitos, gerando a exploração da obra, posteriormente, proveitos excepcionais, embora por argumento *a contrario*, a lei do software terá excluído a aplicação deste artigo no domínio do software).

De todo o modo, a referida compensação suplementar, de natureza equitativa, dificilmente terá lugar nas licenças de software livre, dado que estas são concedidas a título gratuito. Isto é, não havendo desde logo remuneração não faria sentido exigir remuneração suplementar, uma vez que quem aceita a licença de software livre o faz no pressuposto da sua gratuitidade.

Seja como for, parece-nos que o facto de os autores do software permitirem a sua utilização gratuita daí não se deve retirar que por essa via renunciam à sua legítima pretensão de obter uma remuneração equitativa que lhes permita participar em resultados excepcionais da sua exploração económica, ao menos nos termos do instituto do enriquecimento sem causa.

3.6. Licenças alternativas (*Creative Commons*) e gestão coletiva

A participação na distribuição de receitas das entidades de gestão coletiva requer, normalmente, conformação com suas condições de serviço. Habitualmente, as condições gerais do serviço prestado pelas entidades de gestão coletiva incluem uma cláusula de não concorrência, no sentido de que o autor deve abster-se de praticar qualquer ato que possa causar danos à entidade coletiva, incluindo o licenciamento de obras a título gratuito ou nos termos de modelos alternativos de licenças, como as *Creative Commons*. Veja-se, por exemplo, o formulário de candidatura a associado da SPA, qualidade que implica, por força da lei, a constituição de um mandato a favor da entidade de gestão coletiva. Além disso, a SPA segue a política de obrigar os autores a informá-la sobre eventuais utilizações que tenham autorizado mediante licenças CC, sob pena de os direitos de autor sobre essas obras serem exercidos pela SPA.

¹ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 29 de novembro de 2012, proc. 957/03, www.dgsi.pt

Esta é, todavia, uma questão de não cumprimento do contrato, i.e., um problema entre o autor e a SPA, mantendo-se o autor como titular dos direitos sobre as suas obras, apesar de aderir a uma entidade de gestão coletiva.

De todo o modo, se as licenças CC proibirem utilizações comerciais da obra então é necessária autorização do autor, cabendo à entidade de gestão representá-lo para esse efeito

3.7. Compensação equitativa pela cópia privada

Os autores que concedam licenças alternativas, por ex. do tipo *Creative Commons*, ficam em princípio excluídos do direito à compensação pela reprodução para uso privado (*copyright levies*) relativamente às obras em causa. Esta compensação destina-se a compensar prejuízos sofridos pelos titulares de direitos em virtude da cópia privada enquanto utilização permitida por lei, já não quando permitida pelos próprios. A utilização lícita autorizada pelos autores será excluída da compensação pela cópia privada. As licenças CC autorizam tipicamente o uso privado a título gratuito, pelo que não se confirmará a razão de ser da compensação pela cópia privada. Neste sentido aponta, quer-nos parecer, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao decidir que a Diretiva 2001/29, art. 5º, 2-b e 5, exige que se distinga, para efeitos da compensação equitativa, “se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privada” (par. 58). Sendo que a compensação equitativa só se justifica quando a cópia privada é legalmente autorizada lei e já não quando autorizada pelo titular direitos.¹

Sendo que esta última hipótese só é relevante se a lei não consagrar a liberdade de cópia privada, já que e o fizer a autorização dada pelo titular de direitos para a realização da cópia privada não tem qualquer efeito em sede de compensação pela compensação equitativa, não impondo sobre o utilizador o dever de pagar o uso privado.² Nos termos do acórdão *Copydan*, par. 65, “no que diz respeito à incidência na compensação equitativa da autorização concedida pelo titular de direitos para utilizar os ficheiros que contêm obras protegidas, (quando) um Estado-Membro tenha decidido excluir (...) o direito de os titulares de direitos autorizarem as reproduções a título privado das suas obras, um eventual ato de autorização adotado por estes é desprovido de efeitos jurídicos no direito do referido Estado. Por conseguinte, esse ato não tem impacto no prejuízo causado aos titulares de direitos devido à introdução da medida privativa de direito em causa, e, desse modo, não pode ter nenhuma incidência na compensação equitativa, independentemente de esta última estar prevista a título obrigatório ou a título facultativo (...) (acórdão *VG Wort*)”. Mais acrescenta, par. 66, que, sendo a referida autorização “desprovida de efeitos jurídicos, dela não pode decorrer, em si mesma, uma obrigação de pagamento de uma qualquer remuneração, a título de reprodução a título privado, por parte do utilizador dos ficheiros em causa a

¹ Parece resultar deste acórdão que, na opinião do Tribunal de Justiça, a licitude da cópia privada depende da licitude da respetiva fonte, não exigindo sequer, como o faz a lei alemã, que a fonte seja obviamente ilícita (sec. 53(1) *Urheberrechtgesetz*).

² Acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2013 (proc. apensos C-457/11 a C-460/11, *VG Wort c. Kyocera e o.*, ECLI:EU:C:2013:426) e de 5 de março de 2015 (proc. C-463/12, *Copydan Båndkopi c. Nokia Danmark A/S*, ECLI:EU:C:2015:144) - <http://curia.europa.eu/>

favor do titular de direitos que autorizou a sua utilização.” Pelo que o Tribunal de Justiça conclui que se um Estado-Membro consagrar a liberdade de cópia privada, “a autorização dada por um titular de direitos para a utilização dos ficheiros que contêm as suas obras não tem incidência na obrigação de compensação equitativa a título das reproduções efetuadas (...) com o auxílio de tais ficheiros e dela não pode decorrer, em si mesma, uma obrigação de pagamento de uma qualquer remuneração por parte do utilizador dos ficheiros em causa a esse titular.”

Quanto às licenças de software livre, de registar que a compensação pela cópia privada é legalmente excluída relativamente a programas de computador e a bases de dados eletrónicas (Lei 62/98, art. 1º/2). Esta exclusão justifica-se pelo facto de a cópia privada de programas de computador e de bases de dados eletrónicas não ser permitida por lei.

3.7. Tutela processual

O código do direito de autor prevê diversas medidas de tutela, incluindo providências cautelares, sanções pecuniárias compulsórias e critérios de indemnização de prejuízos, incluindo danos morais (arts. 210º-G a 211º CDADC). Deve admitir-se a possibilidade de o licenciante exigir uma indemnização mesmo que a licença tenha sido dada a título gratuito se uma licença tradicional fosse concedida em condições diferentes mediante remuneração.

Conclusão

As licenças de software livre constituem uma ferramenta de grande utilidade para os programadores informáticos e para os utilizadores em geral. Como se escreve no preâmbulo da Lei das normas abertas, que nos parece bastante influenciado pela máxima «Free Software, Free Society», o software *open source* promove a *liberdade tecnológica dos cidadãos* e a *interoperabilidade dos sistemas informáticos*. As licenças de software livre permitem a todos os interessados a utilização dos programas, tanto em código-fonte como em código-objeto, em termos de reprodução, transformação e distribuição sem restrições, que não sejam a concessão aos demais interessados da liberdade de que se beneficiou relativamente aos *inputs* de cada um.

Neste sentido, as licenças de software surgem como uma importante ferramenta de equidade tecnológica. Ao invés de uma sociedade da informação dividida entre os ‘have’ e os ‘have not’, o software livre coloca todos os interessados em condições de igualdade no que respeita à utilização dos programas, além de que os previne contra o risco da utilização ilícita de software, que além do mais é passível de censura penal. Ao colocar todos os interessados em pé de igualdade, o software livre oferece uma solução de recursos partilhados para problemas comuns, impedindo a formação de monopólios que distorcem o mercado e, em última análise, reverterem em prejuízo do consumidor.

O mercado do software, marcado pela posição quase hegemónica de uma só empresa no tocante aos computadores pessoais, será certamente um mercado mais justo e mais equitativo se todos puderem concorrer, utilizando livremente as linguagens de programação e os códigos-fonte dos programas sem terem que, para tanto, estar sujeitos às exigências, quer de preço quer outras, de titulares de copyright. Sem prejuízo do

sistema tradicional da propriedade intelectual e da sua subsistência, uma vez que se trata de escolhas livres, o free software é gerador de vantagens competitivas e de valor acrescentado, em termos de eficiência do processo económico, em virtude do potencial de inovação que encerra e que, em última análise, revertem em benefício do consumidor.

A prática recente demonstra a bondade do movimento do software. Pensamos concretamente no sistema *Android*, utilizado em *smart phones* e *tablets*, que é um derivado do sistema Linux. Enquanto sistema de fonte aberta, o *Android* permite a todos os interessados o desenvolvimento de aplicações compatíveis, bem como a correção de erros e a introdução de melhorias e de novas funcionalidades no sistema. É uma monumental obra colaborativa, na qual atores de todo o mundo participam livremente, sem recearem infringir direitos de autor ou outros direitos de propriedade intelectual. Recentemente a *Wikipedia* foi galardoada com o Prémio Princesa das Astúrias, justamente pelo seu valor enquanto instrumento de promoção de acesso mais equitativo - i.e., independentemente da capacidade de pagar de cada um - à informação e ao conhecimento.

O valor social das licenças de software livre e de outros modelos alternativos, como as *Creative Commons* não impede, todavia, a análise jurídica destas licenças tanto no plano contratual como ao nível dos direitos de autor e de outros ramos, como o direito da concorrência. O presente trabalho pretende contribuir para uma melhor caracterização jurídica destas novas figuras.

NORMAS ABERTAS NOS SISTEMAS INFORMÁTICOS DO ESTADO: QUO VADIS?*

Introdução

O software livre/aberto (*open source*) consiste em programas de computador (operativos ou aplicativos) cujo código-fonte é disponibilizado ao utilizador, permitindo-lhe a utilização, transformação, cópia, estudo, correção, atualização e redistribuição do software sem limites. As principais entidades do software livre são a Free Software Foundation (FSF) e a Open Source Initiative (OSI).

A filosofia do software livre é permitir a livre partilha de modo a promover a interoperabilidade dos sistemas informáticos e o desenvolvimento do software. Contrapõe-se ao software proprietário ou reservado, cuja utilização é encapsulada em licenças estritas redigidas ao abrigo de direitos de propriedade intelectual (copyright).

As licenças de software livre são licenças (GPL e GFDL) relativas à utilização de programas incluídos na Diretoria de Software Livre (*Free Software Directory*). Entre os principais projetos de software livre / código aberto (*open source*) encontram-se o sistema operativo GNU/Linux, o servidor de rede Apache, o browser Mozilla Firefox, e o OpenOffice.org. Exemplos de empresas que utilizam software livre como base do seu modelo de negócio são a Google (GNU/Linux) e a Yahoo (FreeBSD).

Aliás, tendo em conta a importância do acesso ao código-fonte, a lei de proteção do software por direitos de autor consagra a faculdade de descompilação – engenharia regressiva – para fins de interoperabilidade¹. Além disso, por exigências do direito da concorrência, as autoridades da União Europeia condenaram a Microsoft por abuso de posição dominante e obrigaram-na a fornecer aos seus concorrentes, em condições razoáveis e não discriminatórias, a informação de interoperabilidade do sistema Windows.

Por outro lado, ao nível da regulação do ciberespaço, aponta-se a equivalência funcional do código informático à norma legal, surgindo por conseguinte a abertura do código utilizado na *e-Governance* como exigência de transparência das leis da *res publica*.

Medidas recentes, aprovadas em Portugal, dão sequência a este movimento, desde logo por se entender que o software livre poderá ser uma solução mais económica e flexível para o Estado do que a contratação de software proprietário, um pouco à semelhança do que sucede com a utilização de genéricos no Sistema Nacional de Saúde. Com efeito, em cumprimento do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), foi aprovado o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na Administração Pública (AP).

Este plano prevê, entre outras medidas, a consolidação da plataforma de interoperabilidade da AP (nº 11), a catalogação, partilha e uniformização de *software* do

* Rev.CEDOUA 29 (2012: 39-43).

¹ Cfr. artigo 7.º do Decreto-Lei nº 252/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

Estado (nº 17) e a adoção de *software* aberto nos sistemas de informação do Estado nos termos da licença europeia para *software* aberto, a EUPL (nº 21).

Ora, como se relacionam estas medidas com o regime de adoção das normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública, em especial com o Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital previsto na lei das normas abertas?

1. Lei das Normas Abertas: liberdade tecnológica e interoperabilidade informática no setor público

A promoção da liberdade tecnológica dos cidadãos e organizações e a promoção da interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado são objetivos da chamada Lei das Normas Abertas¹, que estabeleceu, de modo algo serêdio, a adoção de normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública.

O regime das normas abertas aplica-se ao setor público em geral, abrangendo os órgãos de soberania, os serviços da administração pública central, incluindo institutos públicos e serviços desconcentrados do Estado, os serviços da administração pública regional, e o setor empresarial do Estado.

2. Noções de norma aberta e de interoperabilidade

Por ‘norma aberta’ entende-se, nos termos do artigo 3º/1, a norma técnica destinada à publicação, transmissão e armazenamento de informação em suporte digital que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

1º - A norma seja adotada em resultado de um *processo* de aberto e disponível à participação de todas as partes interessadas;

2º - O respetivo *documento de especificações* tenha sido publicado e livremente disponibilizado, sendo permitida a sua cópia, distribuição e utilização, sem restrições (a) e não incida sobre ações ou processos não documentados (b);

3º Os direitos de *propriedade intelectual* que lhe sejam aplicáveis, incluindo patentes, tenham sido disponibilizados de forma integral, irrevogável e irreversível ao Estado Português;

4º - Não existam *restrições* à sua implementação.

As normas abertas assim definidas são consideradas uma ferramenta da maior utilidade no sentido da promoção da interoperabilidade, i.e. entende-se que as normas abertas permitem alcançar a capacidade de dois ou mais sistemas, designadamente computadores, meios de comunicação, redes, *software* e outros componentes de tecnologia da informação, de interagir e de trocar dados de acordo com um método definido de forma a obter os resultados esperados (art. 3º/2).

3. Obrigação geral de utilização de normas abertas no setor público

A obrigação de utilização de normas abertas significa, por um lado, que é obrigatória a previsão, em todos os processos de implementação, licenciamento ou evolução de sistemas informáticos na Administração, de utilização de normas abertas (art. 4º/1). Por outro lado, a obrigação de utilização de normas abertas significa ainda que é obrigatória

¹ Lei n.º 36/2011, de 21 de junho.

a aplicação de normas abertas em todos os documentos de texto em formato digital que sejam objeto de emissão, intercâmbio, arquivo e ou publicação pela Administração Pública (art. 4º/2). Finalmente, a obrigação de utilização de normas abertas é reforçada pela proibição de discriminação de documentos de texto em formato digital emitidos com recurso a normas abertas (art. 4º/3).

4. Domínios do Regulamento Nacional de Interoperabilidade Nacional

A Lei das Normas Abertas (Lei 36/2011) remete a definição dos termos da sua utilização para o Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital. Caberá a este Regulamento definir as normas e formatos digitais a adotar pela Administração Pública em diversos domínios referidos no art. 5º/2, tais como: formatos de dados, incluindo códigos de caracteres, formatos de som e imagens (fixas e animadas), audiovisuais, dados gráficos e de pré –impressão (a); formatos de documentos (estruturados e não estruturados) e gestão de conteúdos, incluindo gestão documental (b); tecnologias de *interface web*, incluindo acessibilidade, ergonomia, compatibilidade e integração de serviços (c); protocolos de *streaming* ou transmissão de som e imagens animadas em tempo real, incluindo o transporte e distribuição de conteúdos e os serviços ponto a ponto (d); protocolos de correio eletrónico, incluindo acesso a conteúdos e extensões e serviços de mensagem instantânea (e); sistemas de informação geográfica, incluindo cartografia, cadastro digital, topografia e modelação (f); normas e protocolos de comunicação em redes informáticas (g); normas de segurança para redes, serviços, aplicações e documentos (h); normas e protocolos de integração, troca de dados e orquestração de processos de negócio na integração interorganismos (i).

5. Entidade competente para a elaboração do RNID: a Agência para a Modernização Administrativa (AMA)

A competência para elaboração do Regulamento foi atribuída à Agência para a Modernização Administrativa (AMA), com o dever de cooperação dos demais organismos da Administração Pública.

A AMA teve 90 dias após entrada em vigor da Lei das Normas Abertas para apresentar o Regulamento, com subsequente discussão pública durante 30 dias. Findo este processo, que terminou na segunda quinzena de outubro do ano passado, aguarda-se a aprovação por resolução do Conselho de Ministros, nos termos do art. 5º/5, que prevê igualmente a sua revisão periódica.

6. Exceções à obrigação de utilização de normas abertas

A Lei das Normas Abertas contempla algumas exceções à obrigatoriedade da sua utilização (art. 6º). Algumas entidades, como a Presidência da República, têm apenas que dar conhecimento dessa impossibilidade à Presidência do Conselho de Ministros, ao passo que outras devem solicitar-lhe parecer prévio e vinculativo, fundamentando essa impossibilidade e instruindo o processo com a avaliação da solução defendida.

7. Plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública

Ainda o RNID não foi aprovado e já o legislador veio sublinhar a importância das normas abertas na redução de custos com sistemas informáticos. Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2012 aprovou, em cumprimento do PAEF, o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública. De entre outras medidas destacamos as seguintes:

a) Obrigatoriedade da plataforma de interoperabilidade da AP (11). Esta medida visa consolidar o quadro nacional de interoperabilidade, nos seus diversos níveis (semântico, técnico e legal), tornando obrigatória a utilização da plataforma de interoperabilidade da AP, tendo em conta o quadro europeu de interoperabilidade - ISA¹;

b) Catalogação, partilha e uniformização de *software* do Estado (17). Esta medida visa criar o catálogo de *software* do Estado (CSE) e tornar obrigatório o uso de *software*, ‘desenvolvido para o Estado ou pelo Estado, que é sua propriedade’, como resposta para necessidades transversais;

c) Adoção de *software* aberto nos sistemas de informação do Estado (21). Esta medida destina-se a ‘promover a utilização de software aberto nos sistemas de informação da AP sempre que a maturidade e o custo sejam favoráveis.’ Para o efeito, o Plano estabelece a obrigação de identificar ‘as ferramentas que devem ser, desde já utilizadas pela AP com carácter de recomendação ou obrigatoriedade’, devendo essa utilização de software aberto realizar-se nos termos da licença europeia, a EUPL. O prazo de obrigatoriedade de análise e comparação de soluções de software foi fixado em 6 meses e o prazo de identificação das áreas e da lista de software aberto de utilização preferencial ou obrigatória na AP foi estabelecido em 12 meses.

8. A European Union Public License (EUPL)

A medida 21 prevê a utilização de *software* aberto de acordo com a licença europeia para *software* aberto, a EUPL, aprovada pela Comissão Europeia. A EUPL, acrónimo de European Union Public License, é a licença de software aberto da EU.

No âmbito dos programas IDA e IDABC, foram criadas aplicações de software, sendo a Comunidade Europeia titular dos respetivos direitos de propriedade intelectual e do código-fonte e dos ficheiros executáveis. Estas ferramentas são utilizadas por outras administrações públicas que não as instituições europeias, mediante licença emitida pela Comissão Europeia. A EUPL é a resposta encontrada para o interesse crescente na publicação do código-fonte deste software, já que não limita o acesso e as alterações a esse código e, por isso, permite reforçar a interoperabilidade jurídica, mediante a adoção de um quadro comum para a utilização partilhada de software do setor público.

Em termos gerais, a licença EUPL consiste, fundamentalmente, numa licença mundial, gratuita, não exclusiva e disponível, pelo período de duração dos direitos de autor sobre a obra original, para praticar quaisquer atos reservados por leis de propriedade

¹ European Interoperability Framework - Interoperability Solutions for European Public Administrations. <http://www.epractice.eu/en/library/315147>

intelectual. Prevê, entre outras, cláusulas de copyleft e de compatibilidade, a obrigação de comunicação do código-fonte, a exclusão de garantia e de responsabilidade, etc.

9. Relação entre a Lei das Normas Abertas e os ‘cortes’ nas TIC do setor público

Se há alguns anos fez furor o lema do choque tecnológico, atualmente a grande preocupação é assegurar a sustentabilidade financeira do arsenal tecnológico instalado em praticamente todos os setores da AP.

Nesta ordem de ideias, poderia pensar-se que a Lei das Normas Abertas teria a chave do problema. Todavia, ao invés de impor a obrigatoriedade de utilização de normas abertas, o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na Administração Pública (AP) prevê apenas “a utilização de *software* aberto nos sistemas de informação da AP *sempre que a maturidade e o custo sejam favoráveis*” (itálico nosso). Mais estabelece que “os organismos públicos, antes de adquirirem qualquer solução ou serviços tecnológicos, [devem] proceder sempre à quantificação do *Total cost of owner ship*, face aos requisitos mínimos definidos e comunicados ao mercado e custos (diretos e indiretos) da solução” sendo aí “obrigatória a comparação de soluções baseadas em *software* sujeito a licenciamento e de *software* aberto. Adicionalmente, definir-se-á um conjunto de áreas [preferenciais] *desde que tal represente a solução economicamente mais vantajosa para o Estado*” (itálico nosso). O mesmo vale para as áreas a definir em termos de utilização preferencial de soluções de *software* aberto e/ou livre, tendo em conta “o potencial impacto financeiro, bem como a disseminação e sustentabilidade da solução pelo mercado”. Em especial, são abrangidos neste item *software* de produtividade (processador de texto, folha de cálculo, editor de diapositivos) e de monitorização, clientes e servidores de correio eletrónico, portais e gestão documental.

O PAEF tecnológico evidencia uma nova abordagem ao problema da sustentabilidade financeira dos sistemas informáticos da AP. A utilização de normas abertas parece deixar de ser obrigatória de *per se* para ficar dependente de um juízo comparativo, em termos de vantagens económicas, com o *software* sujeito a licenciamento – *rectius*, *software* reservado, uma vez que também o *software* aberto é sujeito a licenciamento, com destaque para a licença EUPL.

Conclusão

Ao invés de uma conclusão clara e distinta sobre a relação entre a lei das normas abertas e o novo plano financeiro-tecnológico, terminamos com uma questão: será a Lei das Normas Abertas uma lei órfã senão mesmo *res derelicta*?

Com efeito, parece que, agora, as normas abertas só serão de adotar pelo setor público se forem a solução economicamente mais vantajosa para o Estado, critério que parece prevalecer sobre as exigências de transparência das regras da arquitetura tecnológica da *e-Governance*, atenta a apontada equivalência funcional entre a norma técnica e a norma jurídica. Que valor fica agora reservado à ‘liberdade tecnológica dos cidadãos e dos organismos públicos’, que animou a Lei das Normas Abertas?

Um exemplo do alcance jurídico da Lei das Normas Abertas é o facto de estabelecer a nulidade dos atos de contratação que prevejam a exclusão de normas abertas

regulamentares. Com efeito, o art. 9º da Lei 36/2011 estabelece uma norma para a contratação pública, nos termos da qual “É nulo e de nenhum efeito todo e qualquer ato de contratação promovido pela Administração Pública que preveja a exclusão de normas abertas, estabelecidas no Regulamento.”

Ora, pressuposto deste vício da contratação pública é a aprovação do referido Regulamento, pelo que, enquanto este não for aprovado, a referida nulidade não passará de letra-morta. Apetece cantar com o nosso Luís Vaz de Camões,

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.”

PATENTES DE PROGRAMAS E MÉTODOS DE NEGOCIAÇÃO NA INTERNET*

Sumário: 1. Patentes de software e métodos de negócios na internet: actualidade e interesse da problemática. 2. Necessidade e modo de protecção jurídica de software e métodos de negócios na internet. 3. A delimitação do objecto de patentes no Código da Propriedade Industrial e na Convenção de Munique sobre a Patente Europeia. 4. As patentes de invenções relacionadas com programas de computador na prática do Instituto Europeu de Patentes. 5. O objecto do direito de patente no Acordo ADPIC/TRIPS e a recente casuística do direito norte-americano (*State Street, eBay*). 6. As patentes de software e internet e o desenvolvimento da informática e das redes. 7. Protecção do software, exigências do direito da concorrência e imperativo da interoperabilidade. 8. As patentes de software e internet, *ius excluendi omnes alios*, e direitos de remuneração. 9. Preservação do domínio público das ideias e considerações conclusivas. 10. Legislação.

1. Patentes de software e métodos de negócios na internet: actualidade e interesse da problemática

Estando praticamente exausta a solução ‘software copyright’ é crescente o apelo a outras vias de protecção jurídica dos programas de computador, com destaque para o direito das patentes¹, a julgar pelos ventos que sopram do outro lado do atlântico norte²; aos programas de computador juntam-se os métodos de negociação na internet, que são de igual modo aplicações informáticas. Com efeito, os métodos de negociação na Internet são aplicações informáticas que se traduzem em ferramentas do comércio electrónico. Pense-se, por exemplo, num método de procurar na Internet a tarifa mais baixa de um bilhete de avião, um algoritmo de cálculo financeiro utilizado num programa de computador, a tecnologia do “carrinho de compras” e do “leilão electrónico”, a “tecnologia push” no hipertexto, os sistemas de controlo de acesso do

* *Direito da Sociedade da Informação IX* (2011: 111-123).

¹ Sobre a questão, e.g., Henri W. Hanneman, *The Patentability of Computer Software*, Deventer: Kluwer, 1985; John Swinson, *Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection*, Harvard Journal of Law & Technology, 1991, 145-214; Lance Vietzke, *Software Patent Protection*, Computer Law Journal 1993, 25; Manfred Kindermann, *Softwarepatentierung*, CR - Computerrecht 1992, 577, 658; Fritz Teufel, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in *Information als Wirtschaftsgut*, Hrsg. Fiedler/Ullrich, Schmidt, Köln, 1997, 183; Robert Merges, *As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts*, Berkeley Technology Law Journal, 1999, 577; Jonathan Newman, *The Patentability of Computer-Related Inventions in Europe*, EIPR 1997, 701; Manuel Botana Agra, *En torno a la patentabilidad de los programas y métodos de negocios aplicables en el comercio electrónico*, in J.A. Gómez Segade (Dir.), Ángel Fernández-Albor Baltar / Anxo Tato Plaza (Coords.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 157; Alexandre Dias Pereira, *Empresa, comércio electrónico e propriedade intelectual*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I Congresso Empresas e Sociedades, FDOC, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 439-478.

² Nos EUA um método de negócio de gestão do portfolio de investimento foi considerado objecto de patente no caso *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* (Fed. Cir. 1998); mais recentemente, na Decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA não recusou a protecção pelo direito de patente a métodos de negociação pela internet. Cf. Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 39.

utilizador ao servidor e de análise de perfis de internautas, publicidade digital activa, ou o método de vendas em tempo real mediante distribuição electrónica por catálogo.

2. Necessidade e modo de protecção jurídica de software e métodos de negócios na internet

Uma vez identificado o segmento da realidade que constitui objecto do nosso estudo, podemos avançar seguidamente para a questão de política legislativa que consiste em saber se os programas de computador e os métodos de negociação na internet carecem de protecção jurídica.

A razão de ser do sistema de protecção jurídica de bens intelectuais afigura-se igualmente válida neste domínio. Com efeito, a criação e o desenvolvimento de programas de computador e de métodos de negociação na Internet exigem investimentos de recursos humanos e financeiros. Existindo um sistema de protecção jurídica de bens intelectuais, ao qual se convencionou chamar propriedade intelectual, faz sentido não excluir à partida aqueles bens deste sistema, na medida da identidade de razão entre a protecção dos bens já tutelados e os novos bens que reclamam protecção.

Posta a questão nestes termos impõe-se verificar antes de mais se já existem alguns meios de protecção jurídica, questionando de igual modo a sua adequação e suficiência.

Os programas de computador são objecto de protecção por direitos de autor, em termos análogos às obras literárias.¹ Todavia, a protecção pelos direitos de autor abrange apenas as expressões, já não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos, enquanto tais, tal como é previsto no Código do Direito de Autor (Art. 1.º, 2) e ressalvado na Directiva 91/250 bem como no diploma interno de transposição (DL 252/94) e ainda nos instrumentos internacionais (ADPIC, art. 10.º, 1; OMPI, art. 4.º). A sujeição da protecção jurídica do software a este limite fundamental dos direitos de autor – que no direito norte-americano remonta ao caso *Baker v. Selden* (1879) e consta expressamente, desde 1976, da Sec. 102(b) do Copyright Act – significa que a parte mais valiosa do software (os algoritmos) pouca ou nenhuma protecção terá ao abrigo dos direitos de autor. A esta conclusão chegou a jurisprudência norte-americana, ao aplicar no campo do software, enquanto obra literária, as doutrinas tradicionais do copyright, nomeadamente a doutrina da fusão entre ideia e expressão (*merger doctrine*) depois desenvolvida numa série de casos (abstracção-comparação-filtragem). Daqui decorre igualmente que a via dos direitos de autor pouca valia terá para os métodos de negociação na Internet, já que a função dos algoritmos desenvolvidos por estes métodos ficará sem protecção.

Quanto a outras formas de protecção, seria possível tanto para os programas de computador como para os métodos de negócios na internet o recurso à sua protecção como know-how ou segredos de negócio. Contudo, esta via não confere um direito oponível contra todos os que exerçam actividades mercantis, já que pressupõe a

¹ No plano comunitário e interno, veja-se a Directiva 91/250, transposta pelo DL 252/94, e, no direito internacional, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994, Anexo IV ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor (Dezembro de 1996).

mediação da concorrência desleal e, por conseguinte, o seu âmbito de protecção é restrito a concorrentes, i.e., aos que operam no mercado relevante. Quer se construa a tutela do know-how como um direito exclusivo de oponibilidade restrita, quer se perfilhe a figura do efeito externo das obrigações, no sentido da oponibilidade a terceiros das cláusulas contratuais de confidencialidade dos segredos de negócios, em qualquer das concepções é chamado a intervir o operador da concorrência desleal, que impõe a limitação da protecção dessas informações confidenciais a terceiros concorrentes.

Além disso, o objecto das cláusulas de confidencialidade deve ser legalmente válido, querendo com isto dizer que os contratos de know-how não podem criar direitos sobre bens do domínio público em que consistam as referidas informações confidenciais (os algoritmos do software e dos métodos de negócios da internet).

Pelo que, em suma, embora possível, a via dos segredos de negócios oferecerá quanto muito uma reduzida protecção tanto para o software como para os métodos de negócios na Internet. Mas, será possível o recurso à via da patentes?

3. A delimitação do objecto de patentes no Código da Propriedade Industrial e na Convenção de Munique sobre a Patente Europeia

Com esta interrogação entramos directamente no nosso tema. Trata-se de saber se os programas de computador e os métodos de negócios podem ser objecto de patentes. Para o efeito, consideremos desde logo as fontes do direito industrial vigente em Portugal, começando pelo Código da Propriedade Industrial (CPI).

Em termos gerais, o art. 51.o do CPI dispõe que podem ser objecto de patente as invenções novas, implicando actividade inventiva, se forem susceptíveis de aplicação industrial, podendo obter-se patentes para quaisquer invenções, quer se trate de produtos ou processos, em todos os domínios da tecnologia, desde que essas invenções respeitem os requisitos de patenteabilidade (art. 55.o). Considera-se nova uma invenção que não esteja compreendida no estado da técnica, o qual é constituído por tudo o que, dentro ou fora do País, foi tornado acessível ao público antes da data do pedido de patente, por descrição, utilização ou qualquer outro meio, bem como pelo conteúdo dos pedidos de patentes e de modelos de utilidade requeridos em data anterior à do pedido de patente, para produzir efeitos em Portugal e ainda não publicados (art. 56.o). Depois, uma invenção implicará actividade inventiva se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica. Finalmente, uma invenção é susceptível de aplicação industrial se o seu objecto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura.

Ora, se o software e os métodos de negócios satisfizessem estes requisitos, poderia equacionar-se a sua protecção pelo direito de patente. Todavia, é extremamente duvidosa a possibilidade de satisfação do requisito da tangibilidade ou realidade da aplicação. Por isso, tradicionalmente, os métodos de negócios encontravam-se ou no domínio público ou eram apenas protegidos como segredos comerciais. Não eram considerados como possíveis objectos de patente porque se trataria de meros conceitos

sem conexão com os objectos físicos.¹

Por outro lado, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (1973) estabelece que os programas de computador e os métodos de negociação, enquanto tais, não podem ser objecto de patentes (CPE, art. 52.o). Em conformidade, o CPI dispõe no art. 52.o, 1-d, que os projectos, os princípios e os métodos do exercício de actividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como os programas de computadores, como tais, sem qualquer contributo, não podem ser objecto de patentes. O no 3 do mesmo artigo ressalva, porém, que nestas situações só é só excluída a patenteabilidade quando o objecto para que é solicitada a patente se limite aos elementos nele mencionados.

4. As patentes de invenções relacionadas com programas de computador na prática do Instituto Europeu de Patentes

A referida ressalva tem em conta a casuística do Instituto Europeu de Patentes, que tem admitido patentes de invenções relacionadas com programas de computador desde o caso SOHEI (um sistema informático que envolvia um conjunto de tarefas de gestão independentes, incluindo gestão financeira e de inventários, e um método de operação do sistema - T769/92, OJ 1995, 525). Com efeito, apesar da proibição convencional, a casuística deste Instituto tem admitido patentes de programas de computador que produzam efeitos técnicos não materiais, com destaque para o sector das tecnologias da saúde.²

Assim, a não protecção dos programas de computador, enquanto tais, significará que, de modo a que uma invenção relacionada com programa de computador possa ser objecto de patente é necessário que tenha natureza técnica, utilizando meios técnicos, resolvendo algum problema técnico e produzindo algum efeito técnico. Tenha-se em mente, por exemplo, um software de navegação GPS que permite calcular o caminho mais rápido entre dois pontos. Mas pense-se ainda nos programas de computador que controlam os robot de produção de automóveis, de circuitos integrados ou até de pilotagem automática de aviões.

5. O objecto do direito de patente no Acordo ADPIC/TRIPS e a jurisprudência norte-americana (*State Street, eBay*)

Uma outra fonte do direito intelectual vigente em Portugal é o Acordo ADPIC/TRIPS, o qual todavia não exclui os programas de computador nem os métodos de negócios do objecto das patentes. Com efeito, este Acordo estabelece que, em princípio, as patentes devem proteger quaisquer invenções, quer se trate de produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, na medida em que seja novas, envolvam actividade inventiva e possam ter aplicação industrial (art. 27.o, 1). O Acordo acrescenta, no nos 2 e 3 do artigo 27, certas invenções para as quais os Estados podem recusar patentes.

Todavia, os programas de computador e os métodos de negócios não são

¹ WIPO/MOST, *Patenteability of Computer Software and Business Methods*, Genebra, 2003.

² Alexandre Dias Pereira, *Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, Direito Industrial - I, FDUL/APDI, Almedina, Coimbra, 2002, 7.

expressamente excluídos do objecto das patentes nem aí incluídos, ficando o problema em aberto, podendo a sua protecção ser justificada enquanto processos da tecnologia informática na medida em que não sejam “óbvios”.

Debaixo do «guarda-chuva» internacional co-existem o direito norte-americano, que tem assistido a uma explosão das patentes de software e de comércio electrónico (rege a máxima “patent first, discuss later”), e o direito europeu, que continua a admitir apenas as patentes de invenções relacionadas com programas de computador. Com efeito, nos EUA um método de negócio de gestão do portfolio de investimento foi considerado objecto de patente no caso *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* (Fed. Cir. 1998). Mais recentemente, na Decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA não recusou a protecção pelo direito de patente a métodos de negociação pela internet¹.

6. As patentes de software e internet e o desenvolvimento da informática e das redes

Todavia, esta jurisprudência é muito criticada, em especial pelo movimento *Open Source*. Alega-se que as patentes de software e de métodos de negociação na internet são um entrave ao desenvolvimento da informática e das redes.²

A patente dá ao seu titular um direito exclusivo à exploração comercial da invenção durante um período de tempo limitado em troca pela divulgação pública da invenção. A justificação deste sistema é fornecida pela teoria da recompensa, nos termos da qual a recompensa decorrente da exploração da patente e a divulgação pública das invenções daí resultantes encorajará a subsequente inovação, elevando desse modo o nível técnico da indústria de um país com as evidentes vantagens comerciais daí resultantes.

Argumenta-se, todavia, que as patentes de software e de métodos de negócios na internet inibiriam a concorrência neste sector, em virtude da natureza da inovação informática, que é de natureza cumulativa e sequencial, envolvendo processos de imaginação colectiva. Trata-se também de deixar espaço para a concorrência dos programadores independentes e de garantir a interoperabilidade dos sistemas e das redes. Pergunta-se ainda se o impacto do software no direito de patente não levará ao “perecimento” de certos princípios básicos deste ramo da propriedade intelectual, em especial o princípio da *disclosure*.³

Quanto aos métodos de negócios na Internet, tratar-se-ia apenas de adaptação através de aplicações informáticas de métodos dos negócios tradicionais, pertencentes ao domínio público. Pelo que conceder patentes a estes métodos significaria restringir a liberdade de comércio no ambiente electrónico, sem que houvesse um contributo inventivo que o justificasse.

7. Protecção do software, exigências do direito da concorrência e imperativo da

¹ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=05-130>.

² E.g. Jacqueline Lipton, *E-Commerce in the Digital Millennium: The Legal Ramifications of the DMCA and Business Method Patents*, Rutgers Computer & Technology Law Journal 2001, 333; Philip J. Weiser, *The Internet, Innovation, and Intellectual Property Policy*, Columbia Law Review, 2003, 4.

³ Denis Borges Barbosa, *A Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*, Lúmen, Rio de Janeiro, 2003, 166.

interoperabilidade

Coloca-se por conseguinte a questão de saber se as patentes de software e de métodos de negociação na internet constituem um entrave ou antes um incentivo ao desenvolvimento da informática e das redes. Poderia também argumentar-se no sentido de as patentes de software constituírem um obstáculo ao desenvolvimento dos cérebros cibernéticos.

De todo o modo, impõe-se considerar o problema da compatibilidade destas patentes com as exigências da liberdade de concorrência no comércio electrónico e do imperativo da interoperabilidade, estabelecido na directiva 'software copyright' e salvaguardado na proposta de directiva sobre patentes de invenções relacionadas com programas de computador.

Este conjunto de questões conduz-nos ao campo do direito da concorrência. E a este propósito diremos apenas, por agora, que mesmo que a política legislativa avance no sentido da emissão de patentes de software e de métodos de negócios na internet, sempre as exigências do direito da concorrência deverão ser atendidas, tal como aliás tem sido prática constante da jurisprudência comunitária ao nível da articulação entre novos direitos exclusivos e a protecção da concorrência mercantil.

Com efeito, tendo em conta a jurisprudência já firmada nomeadamente no caso *Magill* e, mais recentemente, no caso *IMS Health* (Acórdão de 29 de Abril de 2004), o Tribunal de Primeira Instância (TPI) confirmou a decisão da Comissão, entendendo que a recusa por parte de uma empresa dominante de licenciar informação para interoperabilidade pode constituir um abuso nos termos do art. 82.o do Tratado de Roma quando a informação é indispensável para o exercício de uma actividade num mercado conexo ou vizinho (1), a recusa é susceptível de eliminar a concorrência efectiva (2), e impede o surgimento de um novo produto para o qual existe potencial procura dos consumidores, incluindo através da limitação do desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores, salvo quando essa recusa for objectivamente justificada (3).

Além disso, o TPI determinou que o nível de informação para interoperabilidade será definido por referência ao que for necessário de modo a que os concorrentes da empresa possam manter-se viáveis no mercado, se bem que tenha eliminado a obrigação imposta pela Comissão à Microsoft de esta se sujeitar a uma monitorização por parte de agente independente com acesso nomeadamente à sua informação, documentos e código fonte dos seus programas em causa¹.

8. As patentes de software e internet, *ius excluendi omnes alios* e direitos de remuneração

Se as exigências específicas do direito da concorrência podem justificar a desconsideração dos direitos exclusivos enquanto tais, tal não significa todavia a plena ineficácia desses direitos. É antes de considerar a possibilidade de, verificadas certas circunstâncias, as patentes de software e de métodos de negócios na internet atribuírem apenas direitos de remuneração.

Foi esse, pelo menos, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça dos EUA na

¹ TPI acórdão de 17 de Setembro de 2007, Proc. T-201/04, *Microsoft c. Comissão*, Col. 2007.

decisão *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.* Não recusou a protecção pelo direito de patente de métodos de negociação pela Internet, mas negou-lhe a força de direito exclusivo ao limitar a sua eficácia enquanto direitos a remuneração. Considera-se que a patente infringida se situa no nível da infra-estrutura intelectual, que o infractor a utiliza enquanto infra-estrutura, e que a invenção patenteada não está disponível em termos razoáveis por via de licenciamento.¹

Em suporte desta decisão aponta-se uma corrente jurisprudencial texana com vários casos análogos. Desde logo, na decisão *z4 Technologies, Inc. v. Microsoft Corp.* (Texas 2006) o júri entendeu que o software *Windows* e *Office* violava as patentes da *z4* sobre tecnologia de activação de software. Ao invés de condenar a *Microsoft* a retirar os produtos, que seriam 450 versões do *Office* e 600 versões do *Windows*, o tribunal considerou que seria bastante uma indemnização por perdas e danos. Tanto mais que um novo lançamento destes programas iria causar danos em massa, tendo em conta a sua adopção generalizada. Em suma, o Tribunal condenou a *Microsoft* a uma indemnização de 115 milhões de dólares e a *Autodesk* no montante de 18 milhões.

O mesmo tribunal, num outro caso análogo, ainda que relativo a sector de actividade diferente (*Paice v. Toyota Motor Corp.*, Texas 2006), entendeu que a *Toyota* violara as patentes da *Paice* na tecnologia de motores híbridos, mas recusou condenar a *Toyota* a retirar os produtos do mercado, condenando-a apenas numa indemnização por perdas e danos (uma espécie de *royalties* compulsórias de criação judicial). O tribunal teve em conta que a *Paice* não estava a explorar directamente a patente, mas apenas a explorar o seu licenciamento.²

Nestes casos, não estariam em causa sequer invenções directamente extraídas da infra-estrutura intelectual. Estas empresas utilizariam as patentes apenas como armas de ameaça para exigir *royalties* muito elevadas.

9. Preservação do domínio público das ideias e considerações conclusivas

Sem por em causa o acerto desta jurisprudência, que para nós tem valor meramente informativo, destaca-se de todo o modo a importância de preservar como bens do domínio público os fenómenos físicos, as leis naturais e as ideias abstractas.

Além disso, desenha-se uma linha de analogia entre os vários ramos da propriedade intelectual, no sentido da elaboração de princípios comuns, nomeadamente o princípio da liberdade das ideias – enquanto infra-estrutura intelectual essencial -, que justifica nomeadamente a não protecção pelos direitos de autor de ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios ou descobertas, por si só e enquanto tais. Neste sentido, tal como os tribunais em casos de nomes genéricos consideram dados de mercado, inquéritos de consumidores e informação industrial para determinar se uma marca se tornou genérica, também nos casos de patentes os tribunais poderiam considerar provas semelhantes para determinar de que modo uma utilização particular

¹ Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 104 (“eBay opens the door for a social feedback mechanism in patent law that relaxes exclusive rights on inventions that become infrastructure.”).

² Cf. Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, cit.

de uma invenção patenteada é infra-estrutural.¹

Concluindo, a tendência para o alargamento do objecto do direito de patente, no sentido de incluir os programas de computador e os métodos de negócios na internet, está longe de ser pacífica. Além disso, não deixa de ser significativo que mesmo nos EUA, onde essa tendência é mais forte, as patentes de software e internet sejam reduzidas a meros direitos remuneratórios, sem os poderes de um *ius excluendi omnes alios*.

Quem defendia que na busca da solução mais adequada para a protecção do software a “aproximação deve fazer-se com as patentes, e não com o direito de autor”², talvez encontre no actual movimento de patentes de software e internet um reconhecimento tardio do acerto dos argumentos apresentados na discussão então travada. Reconhecimento que acaba por ser imposto, de igual modo, pela exaustão da via ‘software copyright’, tal como mostra a casuística americana ao nível da aplicação das doutrinas *merger* e *scènes a fair*, e do teste abstracção-filtragem-comparação para identificar os elementos dos programas susceptíveis de protecção, bem como pela aplicação do princípio do *fair use* ao software traduzido nomeadamente na licitude do *reverse engineering* para fins de interoperabilidade.

De resto, no direito comunitário, apresentou-se como provisória a solução harmonizadora da Directiva 91/250 (“numa primeira fase”) e, além disso, o regime de descompilação que inovadoramente consagrou pouco ou nada tem a ver com direitos de autor clássicos. Em causa está, fundamentalmente, a equiparação directa dos programas de computador às obras literárias, que a nossa lei interna recusou aquando da transposição da directiva comunitária.

Seja como for, existirá um conflito entre dois instrumentos de direito internacional, já que o Acordo ADPIC/TRIPS parece permitir o que a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui, ou seja, as patentes de programas de computador, enquanto tais, i.e., *qua tale* ainda que não relacionados com quaisquer outras invenções.

No direito interno o novo Código da Propriedade Intelectual alterou a redacção da norma que delimita o objecto das patentes, no sentido de excluir apenas os programas de computador enquanto tais, sem qualquer contributo (art. 52.o, 1/d). Poderá identificar-se aqui uma influência do critério mais amplo do “não óbvio” previsto no Acordo ADPIC e um sinal de abertura para as patentes de software e *e-commerce* segundo a política do “*patent first, discuss later*”.

Da nossa parte, somos favoráveis à admissibilidade de patentes para processos codificados nos programas de computador, em que se traduzem os algoritmos implementados na sua escrita. É sobretudo a este nível que se dá a inovação tecnológica neste campo, pelo que não se compreenderá a exclusão dos frutos da inventividade deste ramo da propriedade intelectual, que de outro pouco beneficiará.

De todo o modo, impõe-se um criterioso escrutínio sobre a existência de contributo

¹ Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, Washington Law Review, 2008, 118 (“One could also analogize this proposal to a doctrine of *scènes à faire* for patents. If a patented invention becomes ‘stock’ or ‘standard’ for conducting a wide range of valuable downstream research, it becomes subject to liberalized access.”).

² José de Oliveira Ascensão, *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, 117. Ver Livro Verde da Comissão, *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia*, 1988, 176.

inventivo, de modo a evitar que o direito de patentes se converta num sistema de apropriação privada de bens do domínio público.

Além disso, parece-nos claro que, tal como as exigências da concorrência podem impor compressões significativas ao ‘software copyright’, o mesmo valerá para as patentes, além de que, como tivemos já oportunidade de referir, “a função social destes direitos justifica, em sede de patentes, que o respectivo titular possa ser obrigado a conceder licença para a exploração do respectivo invento”¹.

10. Legislação: Convenção de Munique relativa à concessão de patentes europeias (1973); Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro; Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março; Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, alterado e republicado em Anexo pela Lei n.º 16/2006, de 1 de Abril; Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS/ADPIC, 1994).

Fim do 1º Volume

¹ *Patentes de software*, cit.