



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# DIREITO DA INFORMÁTICA

(ESTUDOS)

Vol. II

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

## **PARTILHA DE FICHEIROS NA INTERNET E DIREITO AUTORAL: DESENVOLVIMENTOS LEGISLATIVOS E JURISPRUDENCIAIS NA EUROPA \***

### **Introdução**

Os sistemas de partilha de ficheiros podem dividir-se em sistemas de partilha direta (correio eletrónico e afins e software peer-to-peer) e sistemas de partilha indireta ou mediante colocação em servidor (página Web, blog, Facebook, Youtube, Wikileaks).

Só por si e enquanto tal, a partilha não é um problema. Corresponde, aliás, a um bom costume das sociedades humanas, senão mesmo a um imperativo ético-moral. Desde logo, o ser humano é educado a partilhar com os outros o mundo em que vive. Em ambiente universitário a partilha entre colegas de apontamentos das aulas faz parte do saudável ambiente académico. Qual é então o problema da partilha de ficheiros na Internet?

A verdade é que a partilha de ficheiros na Internet tem sido um pesadelo para os titulares de direitos de autor e conexos. A partilha de ficheiros mediante envio de mensagens de correio eletrónico não tem suscitado especiais dificuldades. Não obstante a facilidade e baixo custo de envio de ficheiros por correio eletrónico para um número potencialmente ilimitado de destinatários, seja como mensagem principal seja como anexo, a problemática tem-se colocado sobretudo no domínio da partilha de ficheiros por via de alojamento em servidor e por via de programas informáticos de partilha de ficheiros.

### **1. A disponibilização pública em servidor, incluindo redes sociais**

Quanto à disponibilização pública em servidor, não oferece dúvida que a colocação de ficheiros à disposição do público num sítio da Internet carece de autorização do titular de direitos quando os ficheiros contenham obras literárias ou artísticas protegidas por direitos de autor e/ou conexos. Com efeito, colocar a obra à disposição do público, em termos de acesso a partir do local e no momento individualmente escolhidos, é um ato sujeito a autorização do titular de direitos<sup>1</sup>, exceto nos casos legalmente previstos como utilizações livres (arts. 75º e 189º), e não obstante o âmbito mais restrito desta categoria no ambiente digital.

Assim, a partilha de ficheiros por via de colocação da obra em sítio da Internet será, em princípio, proibida, por se tratar de disponibilização pública. Serão aqui abrangidas não apenas a colocação em páginas empresariais ou pessoais, incluindo blogs, mas também plataformas de comunicação como o YouTube ou redes sociais como o Facebook ou o Twitter. A respeito destas últimas poderá, todavia, questionar-se se, enquanto redes privadas de amigos, a partilha dos ficheiros através destas plataformas não seria lícita ao abrigo da liberdade de cópia privada, i.e., da reprodução para uso privado enquanto utilização livre.

---

\* Revista da ABPI 123 (2013) p. 53-62.

<sup>1</sup> V. artigos 68º/2-j, 178º/1-d, 184º/2, 187º/1-d do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), ao qual pertencem, salvo outra indicação, os preceitos legais doravante citados.

Sucede todavia que, na prática, estas redes privadas acabam por funcionar de forma bastante aberta e impessoal, na medida em que os utilizadores por ex. do Facebook não restringem o acesso aos ficheiros aí disponibilizados apenas aos seus familiares e amigos íntimos que tradicionalmente compõem o círculo de pessoas abrangidas pela liberdade de uso privado (v. art. 108º/2).<sup>2</sup>

### 1.1. Papel passivo dos provedores de Internet

Nos termos do diploma interno do comércio eletrónico (DL 7/2004), a responsabilidade por infrações aos direitos de autor cometidas pelos cibernautas não é extensiva às provedoras de Internet. Trata-se das empresas que fornecem acesso à rede, serviços de correio eletrónico, motores de pesquisa, transmissão de conteúdos e alojamento em servidor de sítios e páginas dos utilizadores dos seus serviços.<sup>3</sup> Em princípio, as provedoras de internet não respondem pelos atos ilícitos cometidos pelos utilizadores dos seus serviços, nem têm obrigação de controlar os ficheiros que aqueles alojam em servidor ou transmitem através dos seus serviços.<sup>4</sup>

Devem todavia impossibilitar o acesso a/ou remover esses ficheiros quando tal lhes seja ordenado pelos tribunais ou autoridades administrativas competentes e bem assim identificar os titulares das contas dos serviços.<sup>5</sup> Além disso, os ISP perderão o benefício da isenção de responsabilidade quando induzam os utilizadores dos seus serviços a infringir direitos autorais, extraindo daí vantagens económicas, designadamente na forma de receitas publicitárias.<sup>6</sup>

### 1.2. Pirataria em massa

---

<sup>2</sup> A natureza das redes sociais parece afastar o princípio *in dubio pro libertate* de que fala Thomas Hoeren (2006), p. 26-7. Sobre a cópia privada, Moura Vicente (2006), Dias Pereira (2008a, 2011).

<sup>3</sup> Sem prejuízo da responsabilidade dos provedores de Internet pelos conteúdos que disponibilizam. Ver por ex. TGI Paris, 18/12/2009 (condenação da Google por digitalizar e disseminar obras de autores franceses sem a autorização dos titulares de direitos de autor). Sobre a questão, Cláudia Trabuco (2008).

<sup>4</sup> Ver por ex. BGH 29/4/2010 (licitude de miniaturização de imagens na lista de resultados do motor de pesquisa da Google); TJUE 23/3/2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08 (Google Adworks – no sentido de, ao abrigo da isenção de responsabilidade dos ISP, não condenar a Google pela lista de resultados que indexa um site com o qual celebrara um acordo de meta-dados, sem prejuízo da responsabilidade do anunciante por uso de marca que gere confusão quanto à origem dos produtos anunciados); Tribunal de Madrid, 20/09/2010 (não responsabilização do YouTube por *culpa in vigilando* relativamente à colocação por parte dos seus utilizadores de séries televisivas, de que não tinha nem devia ter conhecimento, designadamente por impossibilidade técnica de controlo prévio).

<sup>5</sup> V. por ex. Tribunale ordinario Roma, 15/12/2009 (condenação da YouTube por não ter removido os vídeos colocados no sítio pelos utilizadores apesar dos avisos dos titulares de direitos).

<sup>6</sup> V. Supremo Tribunal de Justiça da Dinamarca, 26/11/ 2008 (*The Pirate Bay*); BGH 15/1/2009; Rechtbank Utrecht, 26/8/2009 (Mininova.org); Corte Suprema di Cassazione 29/9/2009; Rechtbank Amsterdam, 22/10/2009 (*ThePirateBay*); High Court do Reino Unido 29/3/2010 (*Twentieth century Fox et al. / Newzbin*); Tribunal de Recurso de The Hague 2/6/2010. V. porém Juzgado de lo Mercantil n.7 de Barcelona, 9/3/2010, não condenando como violação de direitos de autor um sítio (elrincondejesus.com) que fornece ligações para descargas não autorizadas de músicas abrangidas pelo repertório da SGAE e outros materiais protegidos através de software de partilha de ficheiros (Edonkey/Emule); a mera ligação não seria nem um ato de reprodução nem um ato de disponibilização ao público, para além de o sítio não prosseguir direta ou indiretamente fins lucrativos, por ser de acesso livre e não obter receitas publicitárias.

O software par-a-par (peer-to-peer) possibilita a partilha entre computadores ligados à rede dos ficheiros existentes nas suas memórias. Em certo sentido, o software P2P transforma cada computador ligado à rede num potencial servidor:

“a computer user who has designated files on her hard drive as available for ‘sharing’ invites any member of the public who has acquired the appropriate file-sharing program to initiate a communication of a copy of the designated file from the offeror’s computer to the acquirer’s. By contrast, a website whose access was restricted to the operator’s family and friends would not be communicating to the public, nor would a file sharer who similarly limited access to her hard drive.”<sup>7</sup>

E com isso a partilha transforma-se em ‘pilhagem em massa’, sobretudo no domínio musical e audiovisual, passando cada cibernauta a ser visto como um potencial pirata.

Defendemos a preservação da liberdade de cópia privada no ambiente digital. Mas isso não nos impede de reconhecer que a partilha de ficheiros através das redes P2P confronta os limites que tradicionalmente demarcam a reprodução para uso privado enquanto utilização livre<sup>8</sup>. Esta – a cópia privada - era e continua sendo permitida para utilização em ambiente familiar ou análogo, i.e., na intimidade da vida privada. Com as redes P2P a cópia é agora feita de forma potencialmente automática, impessoal e anónima. O que todavia já sucedia com as gravações analógicas de emissões de radiodifusão sonora e/ou visual, embora neste caso a fonte da reprodução fosse em princípio uma utilização autorizada.<sup>9</sup>

### 1.3. Público e privado

O software P2P torna possível a abolição da distinção entre servidor e terminal e entre público e privado. Por um lado, o utilizador coloca a obra à disposição do público na medida em que permite que qualquer computador que tenha instalado o mesmo programa P2P localize e obtenha uma cópia desse ficheiro. Por outro lado, o utilizador reproduz a obra quando obtém a cópia diretamente a partir dos outros computadores da rede P2P. Embora o utilizador possa limitar o círculo de partilha dos seus ficheiros, ao fazê-lo estará a limitar a velocidade e as suas próprias fontes de ficheiros P2P, pelo que na prática é habitual entre os utilizadores P2P a política da partilha total, automática e anónima. E assim desaparece o cunho privado da partilha.

### 1.4. Substituição do CD/DVD pelo «file download»

Em resultado da livre partilha, as redes P2P permitem que os consumidores de obras protegidas por direitos de autor e/ou conexos deixem de adquirir os tradicionais exemplares em suporte tangível (vinil, CD, DVD, etc.), já que os podem obter ‘gratuitamente’ na rede - em gíria cibernauta, *sacar da Net*. No plano económico, para além de autores e artistas, as principais vítimas têm sido os produtores videográficos e fonográficos, os organismos de radiodifusão, os clubes de vídeo e as lojas de CD e

---

<sup>7</sup> Ricketson/Ginsburg (2006), p. 743.

<sup>8</sup> Sobre o par-a-par, Cláudia Trabuço (2008a) e no sentido de que ‘A problemática da partilha de ficheiros em linha é um fenómeno relativamente recente que não deixa de espelhar os espasmos autistas do Direito de Autor contemporâneo’, Paulo Gomes (2006), p. 203.

<sup>9</sup> Para desenvolvimentos sobre o problema da fonte originária da cópia privada, José Alberto Vieira (2009).

DVD. Tendo em conta que as redes P2P podem atingir a exploração normal da obra e prejudicar injustificadamente os legítimos interesses dos titulares de direitos, parecerá justo concluir pela ilicitude da utilização não privada de sistemas de partilha de ficheiros protegidos por direitos de autor e/ou conexos.<sup>10</sup>

## **2. Liberdade de uso privado e utilização de obra protegida**

Mas o uso privado não exclui a ilicitude da reprodução em qualquer meio de obras protegidas por direitos de autor e/ou direitos conexos? O que é, afinal, o uso privado?

Uso privado é uma categoria com sentido específico no sistema dos direitos de autor. A lei não define o que se entende por uso privado. A expressão ‘uso privado’ é utilizada no CDADC de modo algo difuso. Por ex., o art. 75º/2-a distingue entre reprodução ‘para fins exclusivamente privados’ de ‘reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos’. Ambas constituem utilizações lícitas da obra sem o consentimento do titular de direitos. Todavia, enquanto a segunda deverá ser realizada por pessoa singular, já a primeira, dirigida à reprodução em papel ou suporte similar (com exceção das partituras), poderá ser realizada, em certos termos, por pessoa coletiva (por ex., os estabelecimentos de reprografia).

Pese embora as diferenças, a expressão ‘uso privado’ é utilizada no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos como justificação da liberdade dos atos de reprodução praticados para esse fim, i.e., para uso privado (arts. 75º/2-a *in fine*, 81º-b, 189º/1-a). Poderia extrair-se destas normas um princípio geral de liberdade de uso privado de obras<sup>11</sup>, enquanto fronteira delimitadora do direito exclusivo.

De todo o modo, deve realçar-se a distinção entre uso privado e utilização de obras protegidas. O uso privado, enquanto tal, é livre e justifica, verificados certos requisitos, a licitude de atos abrangidos pelo exclusivo de exploração económica.

De notar relativamente aos requisitos da licitude de atos para uso privado de prestações protegidas por direitos conexos (art. 189º) que o uso privado não é abrangido pela proteção concedida pelos direitos conexos. Será expressão de um princípio segundo o qual os direitos conexos não devem ser mais restritivos do que o direito de autor.<sup>12</sup>

Mas justificará a licitude de atos praticados para esse fim (uso privado), à semelhança dos direitos de autor? Ressalvando-se os ‘demais casos em que a utilização é lícita sem o consentimento do autor’ (art. 189º/1-f), parece ser de responder afirmativamente. Neste sentido concorre igualmente a Diretiva 2001/29. Aliás, em sede de direitos conexos, a lei interna parece mais generosa do que a Diretiva, a qual subordina igualmente a licitude da cópia privada ao teste dos três passos (ou ‘tripla condição’) - o que aliás poderá denotar uma fragilidade na transposição do instrumento de direito da União Europeia.

### **2.1. A reprodução para uso privado como direito imperativo e limite à tutela jurídica das proteções técnicas**

---

<sup>10</sup> Mazziotti (2008), p. 175-6.

<sup>11</sup> Oliveira Ascensão (1992).

<sup>12</sup> Walter/Von Lewinski (2010), p. 1042 (‘the principle that the protection of related rights should not be broader than the protection of authors’ rights.’).

A reprodução para uso privado é subtraída ao poder de proibição do titular de direitos. Trata-se de uma utilização livre imperativa, em virtude de ser nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar o seu exercício normal pelos respetivos beneficiários (art. 75º/5). Podem, todavia, as partes acordar livremente nas suas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas. De igual modo, ressalvada a disponibilização em termos de serviços de acesso condicional, as proteções técnicas não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários, no seu interesse direto, desta utilização livre. Para o efeito, os titulares de direitos devem proceder ao depósito legal, junto da Inspeção Geral das Atividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas (arts. 221º-222º).

Assim, a reprodução para uso privado constitui um direito imperativo do utilizador no sentido de que são nulas as cláusulas contratuais que tornem reservados os atos que a lei estabelece como livres. Depois, no direito interno, o uso privado corresponde a um dos limites à proteção jurídica das medidas tecnológicas. A cópia privada justifica ainda a chamada compensação pela cópia privada, i.e. a remuneração equitativa devida pela reprodução livre de obras e/ou prestações protegidas (arts. 76º/1-a, 82º, e Lei 62/98).<sup>13</sup>

Todavia, no exercício da liberdade de reprodução para uso privado, os chamados ‘consumidores finais agindo de boa-fé’<sup>14</sup> estão sujeitos ao controlo da regra dos três passos, cuja aplicação no domínio da partilha de ficheiros é especialmente sensível (art. 75º/4).<sup>15</sup>

### **3. Combate ao consumo pirata - a Lei HADOPI (‘Création et Internet’)**

Para combater o ‘consumidor pirata’ alguns países adotaram legislação especial de reforço dos direitos autorais na Internet. Batizada ‘Création et Internet’, esta lei francesa ficaria conhecida por lei HADOPI em virtude de ter instituído uma Alta Autoridade para a difusão das obras e a proteção dos direitos na internet. ‘Hadopi’ é justamente o acrónimo de ‘Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l’internet’.

A Lei ‘Hadopi’, de 12 de junho de 2009, foi alterada em setembro do mesmo ano na sequência da decisão do conselho constitucional francês que considerou inconstitucionais alguns dos seus normativos, designadamente a possibilidade de a suspensão de acesso ser decretada por uma autoridade administrativa<sup>16</sup>. Previa um esquema de resposta gradual sob supervisão da referida Autoridade, com possibilidade

---

<sup>13</sup> Sobre o impacto do acórdão do *Padawan* na definição do âmbito de aplicação da compensação equitativa, Moura Vicente (2012).

<sup>14</sup> Os atos praticados por consumidores finais agindo de boa-fé são excluídos da definição de atos praticados à escala comercial, a qual releva positivamente para efeitos de aplicação de certas medidas especiais para obtenção da prova (art. 210º-A/2) e arresto de bens (art. 210º-H/1) e negativamente para os sujeitar às restantes medidas de aplicação efetiva dos direitos. Sobre esta matéria, Menezes Leitão (2009), p. 277 s, (2012).

<sup>15</sup> O uso privado também não justifica a licitude de atos relativos a programas de computador e bases de dados eletrónicas protegidos por direitos de autor e afins, nos termos da legislação específica (DL 252/94 e 122/2000, a contrario).

<sup>16</sup> [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009\\_580dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf)

de suspensão temporária de acesso à rede. Na prática, esta lei impunha ao titular da conta de acesso à internet um dever de vigilância da sua utilização, que se traduziria provavelmente na instalação de software de monitorização e filtragem de conteúdos.

Além disso, sujeitava a navegação na Internet a um controlo administrativo, instituindo uma espécie de ‘polícia’ dos direitos de autor na internet (“*Copyright Cyberpol*”). Todavia, caberia aos titulares de direitos proceder à recolha de dados que indicem ou comprovem utilizações ilícitas, o que previsivelmente fariam com recurso às tecnologias de monitorização das redes eletrónicas. Por outro lado, a lei acarretava sobre o titular da conta de acesso uma presunção de culpa relativamente aos ilícitos de direitos autorais que fossem cometidos por seu intermédio.

A HADOPI estabelecia a ‘pena’ de exclusão temporária (suspensão) da rede aos titulares de conta que não tomassem medidas de segurança da sua conta após terem já recebido por duas vezes avisos para o efeito. A suspensão do acesso à Internet teria que ser ordenada por autoridade judicial, embora pudesse ser decretada como medida judicial *ex parte*, isto é, sem audição do titular da conta, e não afetaria a subsistência do contrato com o ISP, designadamente no que respeita ao pagamento do serviço contratado. Acresce que o titular da conta ficava inibido de obter novo acesso através de outro ISP, estando sujeito a sanções pecuniárias caso o faça.<sup>17</sup>

Em linha com a lei HADOPI surgiu igualmente a Lei da Economia Digital no Reino Unido e, no plano internacional, o acordo internacional ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Act). Entre outras medidas, este Acordo prevê que, para beneficiar de isenção, os ISP teriam nomeadamente que fornecer aos titulares de direitos os dados dos titulares de conta suspeitos de práticas ilícitas, os quais parecem ser responsabilizados objetivamente pela utilização que é feita da sua conta de acesso, que pode ser suspensa quando utilizada para violar direitos autor e/ou conexos.

O Acordo Comercial Anticontrafação (ACTA) foi rejeitado pelo Parlamento Europeu em julho de 2012<sup>18</sup>. Por seu turno, a suspensão de acesso à rede prevista na HADOPI foi revogada em julho de 2013.<sup>19</sup>

Todavia, à suspensão de acesso à rede veio juntar-se mais recentemente a instalação pelos ISP de filtros de deteção e bloqueio de comunicações eletrónicas como pretensão dos titulares de direitos contra a violação em massa de direitos de autor na Internet.

---

<sup>17</sup> Sobre a suspensão de acesso a Internet e outras medidas da HADOPI, Dias Pereira (2010), Pedro Cordeiro (2012). As soluções da lei francesa encontravam eco em decisões de tribunais de outros Estados Membros. Na questão da responsabilidade pela utilização da conta de acesso, o Oberlandesgericht Koln decidiu em 23/12/2009 que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos seus filhos menores quando oferecem música protegida pelo direito autoral através de redes de partilha de ficheiros utilizando a conta de acesso à Internet de que são titulares os pais. Por outro lado, o Supremo Tribunal de Dublin na decisão de 16/4/2010 considerou válido o ‘Esquema de Resposta Gradual’ incluído nos acordos entre ISP e os seus utilizadores, nos termos do qual o ISP deve avisar por duas vezes o alegado infrator de direitos autorais antes de, à terceira, bloquear o acesso à rede. Na opinião do tribunal o IP não constitui dado pessoal nem tal esquema conflita com a liberdade de expressão dos utilizadores.

<sup>18</sup> <<http://www.europarl.europa.eu/>> (20120703IPR48247/20120703IPR48247).

<sup>19</sup> Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle - <http://legifrance.gouv.fr>

#### **4. Instalação de filtros de deteção e bloqueio de transmissão de ficheiros protegidos por direitos de autor e/ou direitos conexos: Scarlet c. Sabam**

No caso Scarlet contra Sabam (C-70/10), tendo por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º do TFUE submetido pelo tribunal de recurso de Bruxelas, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a esclarecer se as Diretivas 2001/29 (direitos de autor na internet) e 2004/48/CE (medidas processuais), conjugadas com as Diretivas 95/46 (dados pessoais), 2000/31 (comércio eletrónico) e 2002/58 (privacidade nas comunicações eletrónicas), interpretadas à luz dos artigos 8.º e 10.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, permitem que os Estados-Membros confirmem competência a um juiz nacional, requerido no âmbito de um processo principal e com base numa única disposição legal que prevê que: «[o juiz] pode igualmente dirigir uma injunção de cessação aos intermediários cujos serviços sejam utilizados por um terceiro para violar os direitos de autor ou um direito conexo», para ordenar a um fornecedor de acesso à Internet (abreviadamente «FAI») o estabelecimento, em relação a toda a sua clientela, em abstrato e a título preventivo, a expensas exclusivas desse FAI e sem limitação no tempo, de um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas, tanto as que entram, como as que saem, transitando pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software peer-to-peer, com vista a identificar na sua rede a circulação de ficheiros eletrónicos contendo uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega possuir direitos, e bloquear de seguida a transferência desses ficheiros, seja no momento do pedido, seja no momento do envio?

E, em caso de resposta afirmativa à primeira questão, se essas diretivas exigem que o juiz nacional, chamado a decidir sobre um pedido de injunção em relação a um intermediário cujos serviços são utilizados por um terceiro para violar os direitos de autor, aplique o princípio da proporcionalidade quando tiver de se pronunciar sobre a eficácia e o efeito dissuasor da medida requerida?<sup>20</sup>

##### **4.1. Contextualização**

Por força da legislação nacional, os tribunais competentes belgas podem ordenar por via de injunção a cessação de qualquer violação de um direito de propriedade intelectual. Está previsto, em especial, que quando um terceiro utiliza os serviços de um intermediário para cometer uma violação deste tipo, os tribunais podem adotar injunções de cessação dirigidas a esse intermediário, tal como previsto nas Diretivas 2001/29 (art. 8º/3) e 2004/48 (art. 11º, 3º período).

A Sociedade Belga de autores, compositores e editores (Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs - Sabam) requereu uma medida provisória contra um fornecedor de acesso à Internet, a Scarlet Extended SA. De acordo com o pedido, a Sabam pretendia que fosse declarado que a troca não autorizada, pelo intermediário dos

---

<sup>20</sup> Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour d'appel de Bruxelles (Bélgica) em 5 de fevereiro de 2010 — Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Processo C-70/10) (2010/C 113/30), Órgão jurisdicional de reenvio: Cour d'appel de Bruxelles. Partes no processo principal - *Recorrente*: Scarlet Extended SAM; *Recorrida*: Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs.



serviços fornecidos pela Scarlet, de ficheiros musicais efetuada nomeadamente através de software peer-to-peer representava violação dos direitos de autor sobre as obras musicais pertencentes ao seu reportório. Em consequência, a Sabam solicitava que a Scarlet fosse condenada a fazer cessar essas violações, impossibilitando ou paralisando qualquer forma de envio ou de receção pelos seus clientes, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória.

O tribunal de primeira instância, na decisão de 26 de novembro de 2004, declarou a existência destas violações dos direitos de autor, e mais tarde, na decisão de 29 de junho de 2007, condenou a Scarlet, na sequência de peritagem técnica, a cessar essas violações dos direitos de autor tornando impossível, no prazo de seis meses e sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória de 2,500 euros por cada dia de incumprimento, qualquer forma de envio ou receção pelos seus clientes, através de software peer-to-peer, nomeadamente, de ficheiros contendo obra musical do reportório da Sabam.

Inconformada com esta medida, a Scarlet interpôs recurso para o Tribunal de recurso de Bruxelas, o qual apresentou ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial: saber, em suma, se o direito da União e, em especial, os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais permitem que um órgão jurisdicional nacional adote, sob a forma de injunção, uma medida que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem e de bloqueio das comunicações eletrónicas.

#### **4.2. A opinião do Advogado-Geral**

Na opinião do advogado-geral do TJUE, os tribunais não podem obrigar os prestadores de serviços de Internet a usar sistemas de bloqueio e de filtragem de conteúdos com o objetivo de proteger os direitos de autor, uma vez que tal sistema representa uma limitação ao direito de confidencialidade das comunicações e de proteção dos dados pessoais e ao direito à informação - direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais. Segundo Pedro Cruz-Villalón, o recurso aos sistemas de bloqueio e de filtragem só seria possível respeitando os requisitos de limitação do exercício dos direitos previstos na Carta dos Direitos Fundamentais. O que significava desde logo que essa medida deveria estar consagrada, de forma clara e acessível, na legislação nacional dos vários países da União Europeia. Nas suas conclusões, o advogado-geral constata que o sistema a instalar deve garantir a filtragem de todas as comunicações de dados que circulam na rede da Scarlet, de forma a detetar as que implicam uma violação dos direitos de autor, e garantir o bloqueio das comunicações que impliquem efetivamente uma violação dos direitos de autor, seja ao nível do pedido seja no momento do envio.

A medida de injunção em causa revestiria a forma de uma obrigação de carácter geral destinada a ser alargada, a prazo, de forma permanente a todos os fornecedores de acesso à Internet, afetando duradouramente um número indeterminado de pessoas coletivas ou singulares sem ter em conta a sua relação contratual com a Scarlet nem o seu Estado de residência. Seria aplicada em abstrato e a título preventivo, isto é, sem que se tenha verificado previamente uma violação efetiva ou mesmo um risco de

violação eminente de um direito de propriedade intelectual. Além disso, a medida de injunção constituiria uma obrigação nova onerando o fornecedor de acesso de Internet com custos de instalação do sistema de filtragem e de bloqueio, e a responsabilidade jurídica e económica pelo controlo da pirataria P2P.

Pelas suas características, a instalação deste sistema de filtragem e de bloqueio constituiria uma limitação dos direitos ao respeito do segredo das comunicações e à proteção dos dados pessoais, e à liberdade de informação, valores protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais. Nesta ordem de ideias, Cruz-Villalón recordou que a limitação ao exercício destes direitos e liberdades é possível desde que, nomeadamente, essa limitação esteja «prevista na lei». Em conformidade com a jurisprudência desenvolvida na matéria pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Cruz-Villalón considera que uma limitação ao exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais deve assentar numa base legal que responda às exigências relativas à «qualidade da lei» em causa. Por conseguinte, na sua opinião, uma limitação dos direitos e liberdades dos internautas como a que estava em causa só seria admissível se tivesse uma base legal nacional, acessível, clara e previsível.

Ora, segundo o advogado-geral, não se poderia considerar prevista de forma expressa, prévia, clara e precisa na disposição legal belga em questão, a obrigação de os fornecedores de acesso à Internet instalarem, inteiramente a expensas suas, o sistema de filtragem e de bloqueio. Por conseguinte, propôs que o Tribunal de Justiça declarasse que o direito da União se opõe à adoção por um tribunal nacional, com base na disposição legal belga, de uma medida que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação, relativamente a toda a sua clientela, em abstrato e a título preventivo, exclusivamente a expensas suas e sem limitação no tempo, de um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas que passem pelos seus serviços (nomeadamente através de software peer-to-peer) com o fim de identificar na sua rede a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual terceiros pretendam deter direitos e seguidamente bloquear a transferência desses ficheiros, ao nível do pedido ou no momento do envio.

### **4.3. O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Tendo em conta a opinião do advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão de 24 de novembro de 2011, que as Diretivas 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46/, 2002/58, lidas conjuntamente e interpretadas à luz das exigências resultantes da proteção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem

- de todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software «peer-to-peer» (1)
- que se aplica indistintamente a toda a sua clientela (2)
- com carácter preventivo (3)
- exclusivamente a expensas suas (4) e
- sem limitação de tempo (5)

Capaz de identificar na rede desse fornecedor a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor.

O Tribunal ponderou a necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual, por um lado, e a liberdade de empresa do FAI, a proteção dos dados pessoais e a liberdade de informação dos utilizadores, por outro. Segundo o TJUE, a instalação deste sistema de filtragem implicaria que o FAI identificasse:

1º na totalidade das comunicações eletrónicas de todos os clientes, os ficheiros que fazem parte do tráfego P2P;

2º no quadro desse tráfego, os ficheiros que contêm obras sobre as quais os titulares dos direitos de propriedade intelectual alegam deter direitos;

3º que determinasse quais desses ficheiros eram trocados ilicitamente;

4º que procedesse ao bloqueio do intercâmbio de ficheiros que considerasse ilícito.

Deste modo, essa vigilância preventiva exigiria uma observação ativa da totalidade das comunicações eletrónicas efetuadas na rede do FAI em causa e, portanto, englobaria toda e qualquer informação a transmitir e todos os clientes que utilizam essa rede. Em suma,

‘a medida inibitória aplicada ao FAI em causa de instalar o sistema de filtragem controvertido obrigaria a proceder a uma vigilância ativa de todos os dados relativos aos seus clientes a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual. Daqui se conclui que a referida medida inibitória imporá a esse FAI uma vigilância geral que é proibida pelo artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31. A referida medida inibitória implicaria uma violação da liberdade de empresa do FAI em causa, dado que o obrigaria a instalar um sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente a expensas suas, o que de resto seria contrário às condições previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48, que determina que as medidas para assegurar o respeito dos direitos de propriedade intelectual não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas.

Acresce que os efeitos da referida medida inibitória não se limitariam ao FAI em causa, sendo o sistema de filtragem controvertido também suscetível de violar os direitos fundamentais dos clientes desse FAI, a saber, o seu direito à proteção dos dados pessoais, bem como a sua liberdade de receber ou de enviar informações, direitos que são protegidos pelos artigos 8.º e 11.º da Carta. Com efeito, é ponto assente, por um lado, que a medida inibitória que ordena a instalação do sistema de filtragem controvertido implicaria uma análise sistemática de todos os conteúdos e a recolha e identificação dos endereços IP dos utilizadores que estão na origem do envio de conteúdos ilícitos na rede, sendo esses endereços dados pessoais protegidos, uma vez que permitem a identificação precisa dos referidos utilizadores.’

Além disso, a referida medida inibitória correria o risco de violar a liberdade de informação, dado que esse sistema poderia não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito. Sendo que a resposta à questão da licitude de uma transmissão depende também da aplicação de exceções legais aos direitos de autor que

variam de um Estado-Membro para outro. Além disso, em certos Estados-Membros, determinadas obras podem pertencer ao domínio público ou os autores em causa podem colocá-las gratuitamente à disposição do público na Internet.’

#### **4.4. Apreciação**

O acórdão do Tribunal de Justiça parece ir mais longe do que a opinião do advogado-geral, no que respeita à substância da causa. Com efeito, o advogado-geral parece, de algum modo, deixar em aberto a possibilidade de essa medida ser ordenada, ao abrigo da legislação nacional, desde que prevista em norma acessível, clara e previsível. Ao passo que o TJ afirma, claramente, que essa medida de injunção seria contrária à proibição de sujeitar os FAI a uma obrigação de vigilância geral, aos regimes de proteção de dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas e, ainda, ao direito fundamental de receber e trocar informação consagrado na CDFU.

O TJ recorda ainda que a violação de direitos de autor através de partilha em rede P2P depende da legislação de cada Estado-Membro. Não obstante, poderá encontrar-se neste acórdão do TJ uma sugestão de reflexão sobre a necessidade de maior harmonização das utilizações livres na União Europeia, visto que um tal sistema de filtragem e bloqueio de comunicações eletrónicas poderia impedir utilizações livres de obras protegidas por direitos de autor em determinados Estados-Membros.

Apraz-nos ainda registar que o Tribunal de Justiça erige a liberdade de informação como valor fundamental da ordem jurídica da União Europeia, perspetivando o respeito pelos direitos de autor na Internet numa ótica de colisão ou concorrência de direitos fundamentais segundo uma retórica argumentativa própria da metódica constitucional.<sup>21</sup> Podemos até afirmar que, neste acórdão, o TJ afirmou-se, claramente, com jurisdição constitucional em sede de direitos fundamentais.

### **5. A partilha de ficheiros na jurisprudência portuguesa**

#### **5.1. O caso BTUGA**

Em 2005, o sítio de partilha de ficheiros B-Tuga encontrava-se no terceiro lugar em relação ao número de páginas visitadas através de ISP portugueses com 12,5 milhões de visitas, e contava com cerca de 134.500 utilizadores registados ativos, sendo o [www.btuga.pt](http://www.btuga.pt) visitado diariamente por cerca de 110.000 utilizadores.

No acórdão de 14 de abril de 2011 a Relação de Lisboa revogou o acórdão do tribunal de primeira instância, no sentido de levar a julgamento o autor do site de torrents B-Tuga pelo crime de usurpação de direitos de autor. O sítio de partilha de ficheiros tinha já sido encerrado em 2007, na sequência de denúncias da Associação Fonográfica Portuguesa (AFP) e da Federação dos Editores de Vídeogramas (FEVIP), que representam a indústria de música e vídeo em Portugal. Segundo a Relação de Lisboa, ‘o arguido utilizou a rede P2P e o protocolo BitTorrent com o único e exclusivo propósito de através do mesmo efetuar ou deixar que fossem efetuadas trocas/partilhas de conteúdos/ficheiros protegidos pelos direitos de autor’.

---

<sup>21</sup> Sobre a harmonização constitucional da liberdade de informação com os direitos de autor, Dias Pereira (2008).

Esta decisão determina que ‘o arguido fez uso de meios lícitos para realizar um fim completamente ilícito permitindo a troca/utilização/divulgação das mais variadas obras videográficas, fonográficas e outras sujeitas ao regime dos direitos de autor’. O tribunal realçou ainda que também os utilizadores do serviço ‘cometem o crime de usurpação de direitos de autor’, dado serem ‘utilizadores e exploradores de obras protegidas’. Não se sabe, todavia, tendo em conta a natureza pública dos ilícitos penais em causa, se estes utilizadores estão sob investigação, embora o princípio da oportunidade em processo penal nos possa fazer supor que não.

O arguido, no âmbito do protocolo bittorrent, criou e configurou o BTUGA, um sítio P2P, que permitia a partilha de ficheiros de conteúdos fonográficos e videográficos, sem autorização dos respetivos titulares dos direitos de autor, ao qual estavam associados dois servidores, um tracker e outro fórum, e um serviço Premium que permitia uma maior velocidade de transferência (download) de ficheiros mediante o pagamento da quantia mensal de € 5. O tribunal de instrução emitiu um despacho de não pronúncia do arguido pela prática do crime de usurpação p.p. pelo art. 195.º do Código Penal, tanto por autoria como por qualquer forma de participação, nomeadamente cumplicidade. No entendimento da MMA. Juíza a quo, não existiria disposição legal da qual resultasse tipificada como crime a criação de um tal sistema de partilha de ficheiros ou mesmo a manutenção do tracker que lhe está necessariamente associado, pelo que o arguido - criador do BTUGA e detentor do tracker – não teria realizado qualquer utilização típica de obra protegida por direitos de autor. Seria o próprio sistema de rede a estabelecer a ligação computador a computador (ponto-a-ponto) de uma forma otimizada. O crime de usurpação puniria apenas a partilha não autorizada das obras, já não a indicação onde os mesmos se encontram e o encaminhamento para o local.

O Ministério Público recorreu do despacho de não pronúncia para a Relação de Lisboa, a qual entendeu que o arguido tinha perfeito conhecimento de todos os conteúdos que eram fornecidos pelos utilizadores, sendo que de acordo com as regras de serviço estipuladas no campo «Tutorial» só os administradores da página tinham o poder de inserir «Torrents». E que o arguido utilizou a rede P2P e o protocolo Bit Torrent com o único, deliberado e exclusivo propósito de através do mesmo efetuar ou deixar que fossem efetuadas trocas/partilhas de conteúdos/ficheiros protegidos pelos direitos de autor. Nas condições de utilização estimulava aliás a disponibilização pelo público de conteúdos ainda não disponíveis ao público em geral.

No entendimento da Relação de Lisboa, tendo em conta os factos relatados na acusação, ‘o arguido promoveu, pois, a utilização ilegal das obras (videográficas, fonográficas, entre outras), atualizando quase diariamente tal serviço, providenciando grande quantidade de equipamento informático para que o serviço funcionasse bem, e mesmo cobrando pela sua prestação o que, tudo ponderado, e diferentemente do preconizado na decisão recorrida, nenhuma dificuldade deve oferecer à integração do conceito de utilização de obra ou prestação previsto no artigo 195.º do CDADC, no caso por referência ainda aos artigos arts. 178.º, n.º 1, als. a), 1.ª parte, c) e d), 184.º, n.º 1 e n.º 2 e 41.º, n.º 2 do mesmo diploma legal. Uma utilização traduzida no facto de o arguido ter promovido a utilização ilegal das obras (videográficas, fonográficas, entre outras), atualizando quase diariamente tal serviço, providenciando grande quantidade de

equipamento informático para que o serviço funcionasse bem, cobrando pela prestação de tal serviço, abrindo uma conta no banco para aí receber os depósitos de pagamentos efetuados pela utilização do serviço, registando inclusive a marca BTUGA, e ameaçando, mesmo, com queixa-crime quem pretendesse utilizar a marca sem sua autorização, como tudo se encontra descrito na acusação.’

Além disso, a Relação concluiu que ‘as provas reunidas nos autos, de acordo com os relatórios periciais dos mesmos constantes e que identificados são na acusação, apontam, com efeito, para a verificação de centenas, senão mesmo milhares, de ficheiros (torrents) constantes do computador do arguido que representavam conteúdos de divulgação não autorizada. Se em relação à totalidade dos ficheiros não pode ser, de imediato, afirmada aquela condição, certo é que os relatórios constantes dos autos apontam para a verificação de uma multiplicidade de ficheiros de conteúdos não livremente divulgáveis pelo público em geral, sendo de concluir, pois, pela forte probabilidade de pelo menos (boa) parte dos conteúdos detetados nos torrents registados no computador do arguido se encontrarem abrangidos por direitos de autor, e portanto na situação prevista na lei como condição da prática criminosa em presença.’ Pelo que o arguido deveria ser pronunciado pelo crime de usurpação.

A Relação de Lisboa julgou que os utilizadores do serviço ‘cometem o crime de usurpação de direitos de autor’, dado serem ‘utilizadores e exploradores de obras protegidas’. Todavia, a fundamentação legal desta conclusão não é especialmente aprofundada. Em especial, não se percebe bem em que termos são os utilizadores do serviço ‘utilizadores e exploradores de obras protegidas’, não sendo desenvolvida, a este propósito, a categoria da reprodução para uso privado como utilização livre.

## **5.2. Caso E-Mule**

Pouco tempo antes, no acórdão de 30 de março de 2011 (processo n.º 1788/04.5JFLSB.C1), a Relação de Coimbra tinha julgado que ‘o download de obra protegida por direito de autor não traduz violação desse direito, desde que efetuada no âmbito do uso privado, ainda que a obra ou prestação venham a ser fixados num suporte destinado a esse efeito, como um disco rígido ou um CD-R, não havendo lugar à responsabilização criminal ou civil do autor da cópia.’

<sup>1</sup> Neste acórdão, a Relação de Coimbra decidiu um caso sobre cópia privada e partilha de ficheiros na internet.

Os factos provados são, fundamentalmente, os seguintes. O réu prestava desde 2001 serviços de reparação de computadores e instalação de software. Entre 2004 e 2005, através da sua linha telefónica, o réu utilizou uma conta de acesso à Internet de um cliente e, por via do software de partilha de ficheiros E-Mule, efetuou várias cópias de obras protegidas por direitos de autor, incluindo jogos e outros programas de computador, músicas e filmes. Mais tarde, a polícia encontrou um número apreciável de dispositivos e suportes de gravação (CD-R, DVD-R), muitos dos quais contendo

---

<sup>1</sup> Legislação relevante: Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, arts. 75º/4, 81º/b, 195º, 197º e 199º; DL 252/94, art. 14º; Lei 109/2009, art. 8º/1 (Lei do cibercrime).

gravações de média ou baixa qualidade e sem livretes informativos e capas (labels) das referidas obras, as quais eram identificadas normalmente por meio de manuscrito.

O tribunal de primeira instância (Cantanhede) condenou o arguido pela prática de crime de reprodução ilegal de software e de outras obras protegidas por direitos de autor. O arguido recorreu para a Relação alegando que o tribunal de primeira instância não poderia ter chegado a semelhante conclusão uma vez que não teria sido produzida prova de que ele utilizara as referidas obras para fins comerciais, e que se tratara antes de uso privado.

A Relação de Coimbra considerou que a prática do crime de reprodução ilegal de programas de computador, tal como previsto na Lei do Cibercrime (art. 8º/1), consumir-se-ia com a reprodução, divulgação ou comunicação ao público, independentemente dos danos efetivamente sofridos pelo titular de direitos de autor sobre o software. Além disso a Relação de Coimbra considerou que o crime de usurpação, tal como previsto nos artigos 195º e 197º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos protege o exclusivo de exploração económica de obras literárias ou artísticas que a lei atribui ao respetivo autor. Na opinião do Tribunal, este crime é cometido se ocorrer uma utilização não autorizada, independentemente das vantagens económicas visadas ou obtidas pelo agente.

Além disso, no quadro do Código do Direito de Autor, a licitude do uso privado, enquanto utilização livre (de consentimento do titular de direitos), exige, tendo em conta a regra dos três passos do direito internacional e do direito da União Europeia tal como recebida no direito interno, a produção da sua prova, i.e. que a reprodução se destina a uso privado, que não atinge a exploração normal da obra nem causa prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

A Relação de Coimbra entendeu que não tinha sido produzida prova de que o arguido utilizara as obras protegidas para fins comerciais, mas ao mesmo tempo o arguido também não fizera prova do uso privado para poder beneficiar da utilização livre. Além disso, a Relação realçou que a lei especial de proteção dos programas de computador pelos direitos de autor, ao contrário do Código do Direito de Autor, não prevê o uso privado como utilização livre.

Por outro lado, relativamente ao uso privado em geral, tendo em conta que o art. 75º/2-a do CDADC estabelece a reprodução para uso privado como utilização livre, o tribunal sustenta que o descarregamento (download) de obras protegidas não constitui infração de direitos de autor na medida em que seja realizado para uso privado e mesmo que a obra seja reproduzida num suporte para esse fim, tal como um disco duro ou um CD-R, negando assim a responsabilidade criminal ou civil ao autor de tais cópias privadas.

Todavia, o tribunal acrescentou que para beneficiar da exceção de uso privado, o utilizador tem que fazer prova de que satisfaz os requisitos do teste dos três passos, em especial que a reprodução não atinge a exploração normal da obra nem causa prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Tendo em conta que não foi produzida prova da reprodução para uso privado, a Relação de Coimbra julgou que a exceção de uso privado não poderia excluir a responsabilidade civil e criminal do arguido.

**Bibliografia:** ASCENSÃO, J. Oliveira (1992) *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora; (1999-2012), *Direito da Sociedade da Informação*, coord. I-X, Coimbra Editora. CORDEIRO, Pedro (2012) *Partilha de ficheiros e suspensão do acesso à rede*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. X, Coimbra Editora. GOMES, Paulo Jorge (2006) *A partilha de ficheiros na Internet e o Direito de Autor*, Lisboa. HOEREN, Thomas (2006) *Access right as a post-modern symbol of copyright deconstruction?* *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VI, Coimbra Editora. LEITÃO, Luís de Menezes (2012) *Direito de Autor*, Almedina; (2009) *A transposição da Diretiva 2004/48/CE sobre a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual efetuada pela Lei 16/2008, de 1 de abril*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra Editora. MAZZIOTTI, Giuseppe (2008) *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Springer. PEREIRA, Alexandre L. Dias (2011) *Pirataria e cópia privada*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IX, Coimbra Editora; (2010) *Direitos de autor e acesso à Internet: uma relação tensa*, *Direito Autoral e Interesse Público*, Florianópolis, 2010; (2008) *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina; (2008a) *A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora. RICKETSON, Sam; GINSBURG, Jane C. - (2006) *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford University Press. TRABUCO, Cláudia (2006) *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora; (2008) *‘Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais’*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, pp. 473-497; (2008a) *‘De par-em-par, pois então?! - a partilha de obras protegidas pelo Direito de Autor através da Internet’*, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, II, Almedina, 117-149. VICENTE, Dário Moura (2012) *Cópia privada e compensação equitativa: reflexões sobre o acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia*, *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, Vol. X, Coimbra Editora; (2006) *Cópia privada e sociedade da informação*, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I. VIEIRA, José Alberto - (2009) *‘Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado’*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra Editora. WALTER, Michel; Lewinski, Silke von - (2010) *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski, Oxford University Press.



## EMPRESA, COMÉRCIO ELETRÓNICO E PROPRIEDADE INTELECTUAL \*

### § 1. Da empresa como complexo de valores

#### 1.1. A intuição empírica de empresa de Orlando de Carvalho

Quem for confrontado com a noção pré-jurídica de empresa empiricamente intuída pelo Professor Orlando de Carvalho<sup>1</sup>, depressa será levado a pensar que o nosso venerável Mestre era um “cibernauta” aficionado. Nas suas palavras: “Da nossa experiência da vida — linguística, mas não apenas —, decorre que a empresa é, antes de tudo, um processo produtivo (concebida a produção em sentido amplo, de modo a abranger a produção, não só de bens ou de serviços, mas de qualquer valor acrescentado em termos de circuito económico) destinado à troca sistemática e vantajosa: ou seja, à formação de um excedente financeiro que garanta quer a autorreprodução do processo, quer o estímulo a essa autorreprodução (sabido que sem autorreprodução, incluindo a necessária reprodução ampliada, não há sistematicidade, e sem estímulo à autorreprodução, esta, como dispêndio de energias, não se efetua). Sendo isso, porém, a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é, um complexo organizado de meios ou de fatores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permita emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, *lato sensu*: o mercado é o lugar ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e recetor *a se stante*.”<sup>2</sup> Ou seja, sumariamente, a empresa é caracterizada como organização de meios funcionalmente apta à intercomunicação no processo produtivo do mercado.

---

\* *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Coord. António Pinto Monteiro, FDUC, Volume I - Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, pp. 439-478.

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

<sup>2</sup> Orlando de Carvalho, *Empresa e lógica empresarial*, BFD, Coimbra 1997, 5-6 (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia III). Pela negativa, “não é empresa a produção para o autoconsumo ou para a benemerência,” nem “uma especulação episódica ou ocasional”, nem “a produção que busca apenas cobrir despesas com receitas”, nem “a produção em que a pessoa do empresário tem um peso tão absorvente na formação do produto que o processo não se identifica nem subsiste sem ele.”). A versão apresentada em texto atualiza e desenvolve a noção pré-jurídica de empresa anteriormente sustentada por Orlando de Carvalho: “específico mecanismo de intervenção na economia que, constituindo um processo de produção para a troca sistemática e vantajosa (em condições de garantir a sua autorreprodução e o estímulo a essa autorreprodução), constitui uma concreta e estável organização de fatores com a suficiente funcionalidade e autonomia para emergir, na intercomunicação produtiva, como um centro emissor e recetor *a se stante*.” (*Empresa e direito do trabalho*, 17 - in *Temas do Direito do Trabalho*, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, 1990).

## 1.2. Empresas comerciais

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

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

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

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

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

Por outro lado, depois de ter entrado em funcionamento, admite-se a existência da empresa, enquanto objeto de negócios, na medida em que da sua negociação não sejam “excluídos os bens necessários para exprimir os valores de organização e (agora) de

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

<sup>2</sup> Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 42-43.

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

<sup>4</sup> Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 43-44.

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

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

<sup>1</sup> Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 55-56.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

#### 1.4. Saber-fazer e empresa

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

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

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

#### 1.5. A empresa como bem incorpóreo complexo

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

---

<sup>1</sup> Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, cit., 49.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, 76.

<sup>3</sup> Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, cit., 196, em nota.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>2</sup> Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, cit., 76-77.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*, 304.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, 58.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, 76-77.

facto com valor económico. Pense-se, por exemplo, na importância de um sinal distintivo do comércio, *maxime* da marca — atentas as funções económicas que desempenha<sup>1</sup> — enquanto “fator de atração” e fixação de clientela.

---

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



1

Nas palavras de Ferrer Correia, admite-se que “a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios”.<sup>2</sup> Ou seja, o saber-fazer, enquanto tal, não basta para integrar o âmbito mínimo de bens que compõem o lastro de valores ostensivos da empresa e que são necessários para exprimir os valores de organização e, sendo já o caso, de exploração, nos quais ela, enquanto sistema mercantil, fundamentalmente se traduz.<sup>3</sup>

## § 2. Empresa eletrónica

### 2.1. O desafio empresarial do comércio eletrónico

A análise precedente da dogmática tradicional da empresa, enquanto ente *a se stante*, traz para primeiro plano a compreensão da empresa enquanto ser incorpóreo complexo., mas, será que a doutrina tradicional da empresa dispõe já de uma caracterização desta figura nuclear adequada às exigências do comércio eletrónico? Poderá esta caracterização de empresa sobreviver quando confrontada com os desafios do comércio eletrónico?<sup>4</sup>

Nesta ordem de ideias, um problema que se coloca preliminarmente é como determinar o local de estabelecimento da empresa num universo que não conhece fronteiras territoriais. Com efeito, na comunidade ciberespacial “já não há «dentro» nem «fora». (...) O nosso viver despacializou-se”.<sup>5</sup> Além disso, o tempo cibernético – o chamado “tempo real” da informática que tanto “fez minguar o tempo”<sup>6</sup> – desafia a nota

---

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

<sup>2</sup> A. Ferrer Correia, *Sobre a projetada reforma da legislação comercial portuguesa*, Revista da Ordem dos Advogados, 1981, 22.

<sup>3</sup> Ver, com indicações bibliográficas, Alexandre L. Dias Pereira, *Da franquía de empresa («franchising»)*, cit., 251-278.

<sup>4</sup> Sobre a problemática do impacto da Internet no direito empresarial ver, por todos, Ulrich Noack / Gerald Spindler (Hrsg.), *Unternehmensrecht und Internet*, München: Beck, 2001.

<sup>5</sup> José de Faria Costa, *A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)*, Studia Iuridica 73 – Colloquia 12, BFDUC, Separata de *Globalização e Direito*, 186.

<sup>6</sup> José de Faria Costa, *Em redor do nomos (ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo)*, in *Diálogos constitucionais*, Org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 85.

de estabilidade da empresa. Com efeito, sendo a empresa concebida em torno dessas categorias (espaço e tempo), terá lugar no ciberespaço?, mas, afinal, o que há de novo?<sup>1</sup>

## **2.2. Nova economia, novas empresas**

Para começar, o comércio eletrónico abrange novas atividades económicas, que surgiram na órbita das telecomunicações, do audiovisual e da informática.<sup>2</sup> Desde logo, as chamadas empresas da Internet, que prestam serviços de acesso à rede, correio eletrónico, alojamento de páginas, grupos de discussão, instrumentos de pesquisa e transmissão de informação, para além de serviços de informação e de publicidade. Além disso, existem as empresas de software, que se dedicam ao desenvolvimento de programas de computador e bases de dados, à elaboração de conteúdos especificamente para o ambiente em rede, e aos serviços de gestão de sistemas informáticos, incluindo o «outsourcing» de sistemas de informação.<sup>3</sup>

## **2.3. Migração da economia tradicional**

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

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

## **2.4. Comércio eletrónico b2b / b2c, direto e indireto**

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

## **2.5. Empresas eletrónicas, empresas tradicionais e empresas híbridas**

---

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

<sup>2</sup> Para uma primeira abordagem às questões jurídicas do comércio eletrónico ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999.

<sup>3</sup> Para desenvolvimentos sobre os acordos de «outsourcing», incluindo as licenças de software e os contratos de sistema informático, ver Alexandre Dias Pereira, *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas: alguns aspetos jurídico-contratuais*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III, dezembro 1999, Lisboa, 915-1000.

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

### § 3. A importância dos direitos de propriedade intelectual

#### 3.1. Nomes de domínio e sinais distintivos

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

De modo a combater o fenómeno do registo abusivo de marcas como nomes de domínio, o regulamento da FCCN relativo à atribuição de nomes de domínio<sup>3</sup> contém salvaguardas de proteção dos titulares de direitos de marcas e afins. Todavia, estas salvaguardas podem conduzir à eliminação, *de facto*, do princípio da especialidade do direito das marcas, em virtude da regra “*first come, first served*”.<sup>4</sup>

---

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

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

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

<sup>4</sup> N. Härting, *Internetrecht*, cit., 144 (“Müllerprinzip”); Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet (A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt)*, 2004, 23. No que respeita à natureza jurídica dos direitos sobre nomes de domínio, a jurisprudência norte-americana já considerou que se trata de direitos de propriedade (ver Jay Prendergats, *Kremen v. Cohen: the “knotty” saga of sex.com*,

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

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

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

### 3.3. Programas de computador, bases de dados e direitos de autor na Internet

Bens essenciais no domínio do comércio eletrónico (diríamos essencialíssimos para as empresas eletrónicas em sentido estrito) são os programas de computador e as bases de dados. A sua proteção por direitos de autor e afins serve de instrumento de promoção da criatividade ao nível da engenharia informática e multimédia, e a criação de novos

---

Jurimetrics 45/1/2004, 75-91, comentando criticamente a decisão do Tribunal norte-americano que considerou como propriedade o direito sobre nomes de domínio). Aliás, mesmo no direito alemão, há quem defenda que o registo de nomes de domínio constitui um direito patrimonial absoluto semelhante à propriedade (ver Stefan Koos, *Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut (Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts na der Domain)*, MMR 6/2004, 359-365: “Die Domain ist (...) ein absolutes Vermögensrecht” - 364), ao menos enquanto elemento empresarial (Volker Boehme-Neßler, *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*, Beck, München, 2001, 118: “Domains als Bestandteil des Unternehmens... sind deshalb auch als Eigentum im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu klassifizieren.”). Não obstante, esta solução está longe de ser pacífica, já que para muitos trata-se apenas de um direito relativo entre a entidade que atribui o nome de domínio e o respetivo titular, sem gozar de oponibilidade a terceiros. Sobre a questão ver Carlo Emanuele Mayr, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, Aida - Annali Italiani del Diritto d'Autore della Cultura e dello Spettacolo, 5, 1996, 223-250; Alfredo Antonini, *La tutela giuridica del nome di dominio*, DirInf 2001, 813-825; P. Vari, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Cedam, Padova, 2001. Para desenvolvimentos sobre as implicações internacionais do regime dos nomes de domínio ver Dário Moura Vicente, *Problemática internacional dos nomes de domínio*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 43, 1/2002, 147-170.

<sup>1</sup> A importância dos nomes de domínio como novos “sinais distintivos” das empresas justificou a inclusão do Regulamento da FCCN na nossa coletânea de direito nacional, comunitário e internacional, incluindo jurisprudência, da *Propriedade Intelectual*, I/II, Quarteto, Coimbra, 2002/2003.

<sup>2</sup> Ver José de Oliveira Ascensão, *As funções da marca e os descritores (metatags) na Internet*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 4, 2002, 99-120; Alexandre Dias Pereira, *Meta-tags, marca e concorrência desleal*, in *Direito Industrial*, III, APDI/FDUL, Coimbra, Almedina, 2003.

<sup>3</sup> O aditamento da expressão “sem qualquer contributo” parece destinar-se a ajeitar o nosso direito industrial às pretensões da indústria informática, muito interessada em ver cobertos os seus processos e métodos pelo exclusivo da patente. Terá sido a via encontrada para o aparente conflito de direito internacional entre a Convenção de Munique, que proíbe tais patentes, e o Acordo ADPIC, que configura o objeto de patente em termos mais permissivos. Para desenvolvimentos sobre o tema, com indicações bibliográficas, ver Alexandre Dias Pereira, *Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, in *Direito Industrial*, I, APDI/FDUL, Coimbra, Almedina, 2001, 385-429.

direitos, como o direito do fabricante de bases de dados, destina-se a proteger o investimento na produção destas bases.<sup>1</sup>

Por outro lado, os direitos de autor e afins encontram-se entre os principais “valores de exploração” das empresas que operam na nova economia. A Internet tornou possíveis novas formas de exploração de obras literárias e artísticas, através da distribuição eletrónica

em rede de música, filmes, textos, fotografias, etc.<sup>2</sup> As empresas de copyright

---

<sup>1</sup> Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro); Diretiva 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho). A própria informação do setor público é considerada um recurso de grande valia para o mercado interno, estando em curso trabalhos destinados a explorar o seu potencial. Para desenvolvimentos, ver Alexandre Dias Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do setor público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 243-294.

<sup>2</sup> A distribuição eletrónica de música, filmes, programas de computador ou bases de dados coloca diversos problemas em sede de ordenação sistemática. Para começar, a distribuição eletrónica em rede de criações e produções literárias ou artísticas e afins situa-se no quadro dos direitos de autor e conexos. Com efeito, o direito de distribuição é um dos direitos nucleares do exclusivo do direito de autor. É com base neste direito que o titular de direitos de autor e conexos tem o “privilégio comercial” de explorar exclusivamente certos bens intelectuais no mercado. Da nossa parte, concordamos ser “possível uma verdadeira distribuição em linha. É verdade que o exemplar não é expedido fisicamente a partir do círculo do titular como nos casos comuns, antes se forma já no âmbito do destinatário., mas isso não parece trazer uma diferença essencial. Distribuem-se exemplares, o que justifica nomeadamente o chamado esgotamento do direito. / A distribuição de obras pode fazer-se até exclusivamente em linha. Admite-se que uma obra só assim esteja disponível.” (José de Oliveira Ascensão, *Aspetos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIV, 2003, 67).

Assim, é fundamental compreender o sentido e alcance do direito de distribuição no domínio dos direitos de autor e conexos. Saber o que pode constituir objeto destes direitos, quem pode deles ser titular, e qual o seu conteúdo e limites. Esta primeira “contextualização” da distribuição eletrónica no horizonte da propriedade literária e artística é tanto mais importante quanto se atender ao fenómeno da «mundialização» (ou globalização) da propriedade intelectual, decorrente de Acordos Internacionais. Com efeito, os direitos de autor e conexos, enquanto parte da propriedade intelectual, operam atualmente à escala global, sendo a distribuição eletrónica em rede porventura uma das suas mais significativas projeções mercantis. Por outras palavras, para um *mercado global* tornado possível pela revolução das tecnologias da informação e da comunicação é instituída (por via de Acordos Internacionais) uma *propriedade global*, cuja exploração é feita através da distribuição eletrónica em rede com base em *licenças* de utilização. Ver Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Eletrónico*, Temas de Integração, *A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, Almedina, 131-151.

Isto remete-nos para uma segunda contextualização da distribuição eletrónica em rede, que é o seu enquadramento no domínio do comércio eletrónico. Efetivamente, a distribuição eletrónica em rede é um dos campos de eleição do comércio eletrónico, nomeadamente na sua modalidade de comércio eletrónico direto e «B2C». Significa isto que uma segunda dimensão da ordenação sistemática da distribuição eletrónica em rede é o seu tratamento no âmbito das normas que regem o comércio eletrónico. Destacam-se aqui problemas relativos, por exemplo, à negociação por meios eletrónicos, à proteção do consumidor ou à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação.

Uma nota comum a estas primeiras contextualizações é o relevo do direito comunitário. Quer em sede de direitos de autor e conexos quer no domínio do comércio eletrónico, a legislatura comunitária assume um papel principal na construção jurídica da chamada sociedade da informação, que se afirma juntamente com o mercado interno como fundamento da intervenção harmonizadora das instâncias comunitárias. Daí que a contextualização da distribuição eletrónica em rede no domínio dos direitos de autor e conexos seja já também um enquadramento do tema no processo de europeização do direito de autor; e que a contextualização da distribuição eletrónica em rede no âmbito do comércio eletrónico seja, de igual modo, uma abordagem ao problema da europeização do direito privado. Interessa-nos mais aquele primeiro problema do que este último, mas registre-se que há aspetos do regime jurídico do comércio

eletrónico em presença no problema da distribuição eletrónica em rede que evidenciam a europeização do direito privado.

Isso não significa que a europeização do direito de autor não seja, desde logo, uma dimensão importante da europeização do direito privado. Com efeito, o direito de autor é concebido a nível comunitário como parte da propriedade intelectual e esta como parte integrante da propriedade. Sendo a propriedade uma categoria nuclear do direito privado e devendo-se à legislatura comunitária a harmonização de muitos domínios dos direitos de propriedade intelectual, então podemos afirmar com segurança que, ao nível da propriedade intelectual, a europeização do direito privado tem dado passos muito significativos, ao ponto de se poder perguntar se este domínio não justificará uma completa harmonização na forma de um Código Europeu da Propriedade Intelectual.

Porém, contra o impacto da harmonização comunitária dos direitos de propriedade intelectual no processo de europeização do direito privado poderá opor-se a natureza não proprietária do direito de autor. Com efeito, será que a questão da natureza jurídica dos direitos de autor (e de outros direitos intelectuais) já está resolvida, apesar dos preâmbulos das diretivas comunitárias?

Esta interrogação conduz-nos a uma quarta contextualização do tema e que se traduz em saber se a distribuição eletrónica em rede corresponde a um direito de propriedade ou antes a um direito de diversa natureza, nomeadamente a um direito de monopólio (ou “privilégio comercial”). Trata-se de uma questão fundamentalmente teórica, mas nem por isso de menor valia. Não se trata de apurar a natureza jurídica de certo conceito para daí extrair consequências mais ou menos lógicas (senão mesmo ontológicas, no sentido de correspondência com a natureza da coisa) de regime. Poderá até concluir-se que funcionalmente propriedade e monopólio são noções equivalentes ou, pelo menos, que não se encontram numa relação de exclusão recíproca. De todo o modo, importa destacar o valor mercantil dos direitos de autor e conexos e a sua radical pertinência a uma “lógica empresarial”, tal como evidencia o exclusivo de distribuição e o seu exercício global através das redes eletrónicas de comunicação. Nesta perspetiva, a qualificação dos direitos de autor e conexos como direitos de propriedade ou de monopólio não resultará neutra nem indiferente no que respeita à configuração positiva e negativa dos poderes concedidos por esses direitos com relevantes projeções no domínio de problemas da maior atualidade e interesse no universo da distribuição eletrónica em rede de bens protegidos por tais direitos.

Este percurso conduz-nos à contextualização do tema da distribuição eletrónica em rede no âmbito do problema da liberdade informática. O debate tem acentuado o cerceamento dos espaços de liberdade no domínio da utilização de bens intelectuais por meios eletrónicos. Destaca-se, em especial, a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos e a tendência das leis para tudo reservarem aos titulares de direitos e pouco ou nada ao interesse geral, e menos ainda aos utilizadores finais – que parecem ser relegados ao estatuto de «potenciais piratas». A legislatura comunitária estaria ao serviço da “propriedade plena”, sem limites, visando apenas cuidar dos interesses mercantis dos titulares de direitos, sobretudo em vista das exigências do direito da OMC, que daria primazia aos interesses do comércio mundial *«über alles»*. Ver Alexandre Dias Pereira, *Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar Europeu sobre o Acordo ADPIC/TRIPS*, Revista da ABPI, São Paulo, 73, 2004, 52-59.

A problemática prende-se com a natureza jurídica das exceções aos direitos de autor e conexos e sua relação não apenas com a liberdade contratual, mas também com as medidas técnicas usadas pelos titulares de direitos para impedirem a utilização dos bens intelectuais. No domínio específico dos programas de computador, está também em causa o espaço de liberdade informática relativamente a atos de descompilação para fins de interoperabilidade. Sendo certo que a interoperabilidade é um “imperativo tecnológico” das comunicações eletrónicas, no sentido de os diferentes sistemas poderem intercomunicar livremente. A questão coloca-se, em termos análogos, relativamente ao acesso e utilização de bases de dados e, no fundo, é a velha questão do domínio da informação, ainda que agora exercido com outros meios e com novos objetos.

Para primeiro plano trazem estas questões a necessidade de uma teoria jurídica da informação que forneça argumentos convincentes do acerto de teses de interpretação que se propugnam no sentido de um equilíbrio de interesses, por certo instável, mas nem por isso menos justificado. É, portanto, uma preocupação de equidade - isto é, de procura da solução mais justa para o caso concreto - que deve presidir ao enquadramento do direito de distribuição no ambiente eletrónico. O que exige da nossa parte um arsenal metódico adequado, que se oriente na interpretação pelo “elemento teleonomológico” (F.J. Bronze), que dê primazia ao espírito sobre a letra indagando o acerto das soluções, propondo soluções na falta de caso de análogo e não afastando um regime sem olhar às suas razões justificativas. Ver, com indicações bibliográficas, Alexandre Dias Pereira, *Da equidade (fragmentos)*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXX 2004, 347-402. Para desenvolvimentos sobre a importância empresarial dos direitos de autor, em especial no setor da informática, ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecno-digital*, Coimbra Editora, 2001, com indicações bibliográficas.

pretendem colher, em exclusivo, os frutos destas novas possibilidades técnicas.

#### § 4. A empresa como sistema de informação?

##### 4.1. Cibernética empresarial

O comércio eletrónico traz para primeiro plano a importância da informação enquanto valor empresarial. Em termos que nos permitem falar de “cibernética empresarial”: no sentido de a empresa radicar num centro autónomo de comando de operações, que produz, recebe, processa e transmite informação no processo intercomunicativo do mercado. Trata-se de informação relativa, por exemplo, aos métodos de produção, marketing e negociação, aos fornecedores, financiadores, clientes, às estratégias dos concorrentes.<sup>1</sup>

##### 4.2. Um exemplo tirado do ramo da camionagem

A propósito da empresa como sistema de informação, Katsch - um teórico da adaptação do direito ao ambiente eletrónico - oferece-nos um exemplo particularmente ilustrativo, ainda que a propósito de uma empresa de transportes: Donald Schneider é o Presidente do Conselho de Administração da Schneider National, uma empresa que possui mais de 9 mil camiões e tem receitas superiores a 1 bilião e 250 milhões de dólares. Schneider defende que ele não administra uma empresa de camiões de transporte, chegando mesmo a dizer que “as pessoas têm a impressão errada de que o nosso negócio é conduzir camiões.” Schneider defende que o seu negócio não é a camionagem, mas antes a informação, i.e. nas suas palavras, que a empresa “Schneider é verdadeiramente um sistema de informação, mascarado de linha de camionagem”. Esta mudança de perceção deu-se quando Schneider equipou os camiões com sistemas de comunicação por satélite e computadores.<sup>2</sup>

Este exemplo é tirado do setor transportador das empresas de camionagem e oferece a compreensão da empresa como sistema de informação. Pense-se, agora, na agudeza da sua pertinência quando em causa estão empresas como a Amazon.com, a Google.com, para não falar da Microsoft.

##### 4.3. A empresa como «gaz»

O comércio eletrónico acentua o fenómeno da desmaterialização da empresa. Este fenómeno não é propriamente novo. Já o estudámos num trabalho sobre a franquia de empresa («*franchising*»), que caracterizámos como mecanismo de estabelecimento de uma empresa num mercado espacio-temporalmente circunscrito no contrato.

---

<sup>1</sup> Os sistemas informáticos e as comunicações eletrónicas em rede são um importante instrumento de acesso à informação interna da empresa, potenciando a sua transparência em matéria de escrituração mercantil e contabilidade. Em especial, as novas tecnologias poderão ser um poderoso meio de efetivar os direitos políticos dos sócios, seja em matéria de acesso à informação da empresa seja no que toca à participação nos órgãos sociais, já que as barreiras físicas da comutação podem ser ultrapassadas pelas possibilidades técnicas da comunicação. O ponto assume especial relevância em matéria de empresas de capital disseminado. Ver Gerald Spindler, *Internet und Corporate Governance - ein virtueller T Raum?: Zum Entwurf des NaStraG*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2000, 420-445.

<sup>2</sup> M. Ethan Katsch, *Law in a Digital World*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995, 241.

Por outro lado, o pensamento filosófico caracterizou já esta nova realidade empresarial que o comércio eletrónico traz para primeiro plano. Segundo Giles Deleuze, filósofo das sociedades contemporâneas de controlo, « dans une société de contrôle, l'entreprise a remplacé l'usine, et l'entreprise est une âme, un gaz »; mais acrescenta que: « Le langage numérique du contrôle est fait de chiffres, qui marquent l'accès à l'information, ou le rejet.»<sup>1</sup>

Ora, justamente, a caracterização de empresa dada por Orlando de Carvalho compreende, a nosso ver, a nova realidade empresarial potenciada pelos sistemas eletrónicos de informação. E que reforçam a caracterização da “empresa como sistema «autopoiético»”.<sup>2</sup>

## **§ 5. A determinação do local de estabelecimento da empresa no mercado interno eletrónico**

Se isto é plausível no plano teórico, já na vertente prática levantam-se questões mais delicadas. Trata-se, desde logo, de situar esse «gaz» no mundo real, em termos de localização do estabelecimento para efeitos de sujeição da empresa aos requisitos de atuação no mercado interno.

### **5.1. A construção jurídica do mercado único eletrónico**

A este respeito é de destacar o papel do direito comunitário ao nível da construção jurídica do mercado único eletrónico.<sup>3</sup> Com efeito, em ordem a criar um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento do comércio eletrónico, o legislador comunitário adotou um conjunto de instrumentos de harmonização comunitária. Pode até dizer-se, com propriedade, que o legislador comunitário se afirmou como o principal arquiteto da sociedade da informação, que erigiu em novo desafio no virar de milénio. Entre outras medidas, destaca-se a Diretiva sobre comércio eletrónico, que reveste alguma centralidade na configuração normativa da nova economia no espaço comunitário.

O regime jurídico do comércio eletrónico no mercado interno, tendo por base os imperativos de acesso universal e da interoperabilidade e neutralidade tecnológicas, consagra diversos princípios básicos, quais sejam, sucintamente<sup>4</sup>: o livre acesso ao mercado (1), o controlo no país de origem e o passaporte no mercado interno (2), a exigência de transparência e a proibição do marketing agressivo (3), a liberdade contratual (no sentido da idoneidade da declaração eletrónica como meio de manifestação da vontade e de equiparação ao documento escrito do documento com

---

<sup>1</sup> Giles Deleuze, *Les sociétés de contrôle*, L'Autre Journal, mai 1990, 111-114.

<sup>2</sup> Gunther Teubner, *O direito como sistema autopoiético* (trad. e pref. Engrácia Antunes, Lisboa), Lisboa, 264.

<sup>3</sup> Alexandre Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXVII, Coimbra, 2001, 633-687.

<sup>4</sup> Para desenvolvimentos ver Alexandre Dias Pereira, *Princípios do comércio eletrónico (breve apontamento ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro)*, Miscelâneas, nº 3, IDET, Coimbra, Almedina, 2004, 75-112.



assinatura eletrónica certificada) (4), a liberdade de navegação na rede (5), e a «informalização» dos meios de resolução de litígios ou ADRs (6). Todos estes princípios sofrem derrogações, nomeadamente o princípio do controlo no país de origem em matéria de direito de autor e de outras formas de propriedade intelectual, e o princípio da liberdade contratual por razões de defesa do consumidor.<sup>1</sup>

Assim, dentro das definições básicas deste quadro jurídico comunitário do comércio eletrónico destaca-se, desde logo, a preservação das liberdades mercantis na “economia digital” e da liberdade contratual, limitadas pela proteção, nomeadamente, dos consumidores e da saúde pública.<sup>2</sup> Um outro aspeto nuclear do direito europeu do ciberespaço é a proteção dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas, ainda que reduzindo tais dados a informação que deverá circular livremente no mercado interno. Além disso, o direito comunitário do ciberespaço dá grande valor à propriedade intelectual, consagrando novos objetos de proteção (programas de computador e bases de dados eletrónicas), novos direitos (o direito *sui generis* do fabricante de bases de dados, a proteção dos serviços de acesso condicional) e reforçando-os nomeadamente através proteção jurídica das medidas tecnológicas de proteção e gestão de direitos de autor e conexos.

O valor que o legislador comunitário atribui aos direitos de autor na sociedade da informação não deixa de ter em conta, ao mesmo tempo, outros valores também relevantes no ciberespaço, como sucede com a liberdade de concorrência no mercado informático (e.g. o imperativo de interoperabilidade e o regime da descompilação de software), o acesso à informação do setor público, os direitos dos utilizadores de bens digitais e as liberdades sociais e culturais (e.g. liberdade de expressão, informação, educação, ciência), em termos que sugerem a criação de um domínio público cibernético e de liberdade de navegação na Internet.<sup>3</sup>

A jurisdição no ciberespaço é um outro leque de problemas que o direito comunitário tem procurado resolver, ao menos no espaço da União Europeia, no que respeita ao tribunal competente, à lei aplicável e também à consagração de meios alternativos de resolução de litígios.<sup>4</sup>

## 5.2. O local de estabelecimento e o princípio do país de origem

A diretiva sobre comércio eletrónico sujeita os prestadores de serviços da sociedade da informação ao princípio do país de origem. Pressuposto de aplicação deste princípio é a existência de prestador de serviços da sociedade da informação estabelecido no território de um Estado-Membro. Tendo em conta as definições, nomeadamente do art. 2.º-b/c, não basta, para efeitos deste princípio, que se trate de um simples prestador de

---

<sup>1</sup> Ver Alexandre Dias Pereira, *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, CDC/FDUC, Coimbra, 2001, 281-300.

<sup>2</sup> Sobre o comércio eletrónico no setor farmacêutico ver Alexandre Dias Pereira, *Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet e Saúde pública e liberdade económica: aspetos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos*, ambos in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 1/2, CDB/FDUC, 33-42 e 39-51.

<sup>3</sup> Ver Alexandre Dias Pereira, *A liberdade de navegação na Internet (browsers, hyperlinks, meta-tags)*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, Coimbra, 2002, 227-260.

<sup>4</sup> Para desenvolvimentos e indicações bibliográficas ver Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005.

serviços, isto é, de qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço no âmbito da sociedade da informação. É necessário que se trate de um prestador de serviços estabelecido, isto é, de um prestador que efetivamente exerça uma atividade económica (i.e. não política ou cultural) através de uma instalação fixa (i.e. não volátil), por um período indefinido (embora o preâmbulo ressalve que se poderá tratar de uma sociedade constituída por um período determinado).

Além disso, é necessário que o prestador de serviços esteja estabelecido no território de um Estado-Membro, estabelecendo-se que a presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologias necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador (art. 2.º-c, 2.º período). A determinação do local de estabelecimento é feita de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, esclarecendo-se que: 1. quando se tratar de uma sociedade fornecedora de serviços através de um sítio Internet, o local de estabelecimento não será aquele onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que o mesmo é acessível; 2. quando um prestador estiver estabelecido em mais de um Estado-membro, a jurisdição competente será a do Estado-membro em cujo território o prestador tiver o seu centro de atividades, sendo previstos mecanismos de cooperação entre os Estados-membros e a convocação urgente do Comité Consultivo para determinar o Estado-membro de estabelecimento em caso de dificuldades.

Nos termos do preâmbulo (considerando 19): “A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica.” Assim, por exemplo, o facto de um prestador de serviços ter um nome de domínio “.com”, atribuído pela ICANN, e de utilizar um servidor localizado nos EUA não significa que esteja estabelecido no território deste país.<sup>2</sup> Para o efeito, será necessário apurar o local em que desenvolve a sua atividade económica efetiva, em especial o território no qual se encontra localizado o “cérebro” da empresa.

Ainda nos termos do considerando 19: “Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas atividades relacionadas com esse serviço específico.” Por exemplo, uma empresa com sucursais em diversos Estados-Membros considerar-se-á estabelecida no território do Estado-Membro de cada

---

<sup>1</sup> TJCE Caso 33/78 Somafer SA v Saar-Ferngas AG, ECR 1978, 2183.

<sup>2</sup> Ver José de Oliveira Ascensão, *O comércio eletrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, Prefácio, ANACOM, Lisboa: ICP, 2004, 106.

sucursal, sendo necessário apurar em relação a cada serviço específico qual é a sucursal que presta esse serviço, ou seja, a fonte dessa atividade.

Isto poderá resultar no estilhaçamento do princípio do país de origem relativamente às empresas plurilocalizadas. Com efeito, estando estas empresas estabelecidas em diversos Estados-Membros, cada uma das suas unidades locais poderá ser considerada fonte de atividade relativamente a cada serviço específico, em termos de a empresa plurilocalizada ficar sujeita ao controlo no território de cada Estado-Membro de estabelecimento. Tanto mais que o critério do centro de atividades não se aplica indiscriminadamente aos serviços da empresa, mas antes em relação a cada serviço específico.

### 5.3. O princípio do país de origem como ferramenta do mercado interno

A diretiva sobre comércio eletrónico (2000/31/CE) sujeita a atividade de prestação de serviços da sociedade da informação ao princípio do país de origem (art. 3.º). Este princípio impõe aos Estados-Membros deveres de atuação positivos e negativos: por um lado, compete a cada Estado-Membro assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado (n.º 1); por outro lado, os Estados-Membros não podem, por razões que relevam do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro (n.º 2).<sup>1</sup>

O princípio do país de origem colhe a sua justificação enquanto ferramenta do mercado interno ao nível da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação. Segundo a jurisprudência do TJCE, “o conceito de um mercado comum, tal como definido pelo Tribunal numa série de decisões, envolve a eliminação de todos os obstáculos ao comércio intracomunitário em ordem à fusão dos mercados nacionais num mercado único, gerando condições tão próximas quanto possível das de um mercado interno genuíno”.<sup>2</sup> Ora, o princípio do país de origem é entendido como uma ferramenta essencial para a criação de um “mercado interno genuíno”.<sup>3</sup>

Com efeito, o objetivo da Diretiva 2000/31/CE é “contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação de serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros” (art. 1.º, 1). Na medida do necessário à realização deste objetivo, a diretiva aproxima certas disposições nacionais aplicáveis

---

<sup>1</sup> Esta dimensão proibitiva por exigências do mercado interno encontra-se também, nomeadamente, na diretiva sobre práticas comerciais desleais (art. 4.º). Para desenvolvimentos sobre esta diretiva, em especial no que respeita ao seu impacto no regime da utilização de comparações em mensagens publicitárias, ver Alexandre Dias Pereira, *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, CDC/FDUC, 2005.

<sup>2</sup> Caso 15/81, 5.5.1992 (*Schul*), ECR 1982, 1431-2.

<sup>3</sup> Nos termos do considerando 22 da diretiva sobre comércio eletrónico: “O controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da atividade, a fim de garantir uma proteção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa proteção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade. Para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem. Além disso, a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido”.

aos serviços da sociedade da informação relativas ao mercado interno (princípio do país de origem: art. 3.º), ao estabelecimento dos prestadores de serviços (princípio de não autorização prévia e obrigações gerais a prestar: arts. 4.º e 5.º), às comunicações comerciais (deveres de prestação de informação e de identificação da publicidade não solicitada, e possibilidade de publicidade nas profissões regulamentadas: arts. 6.º a 8.º), aos contratos celebrados por meios eletrónicos (idoneidade da declaração de vontade eletrónica, requisitos de prestação de informação e da ordem de encomenda: arts. 9.º a 11.º), à limitação da responsabilidade dos intermediários (por simples transporte, armazenagem temporária, e armazenagem em servidor, e proibição de obrigação geral de vigilância: arts. 12.º a 15.º)<sup>1</sup>, aos códigos de conduta (art. 16.º), à garantia de possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos (art. 17.º), à eficácia das ações judiciais, incluindo providências cautelares (art. 18.º) e à cooperação entre Estados-Membros (meios de controlo e de contacto: art. 19.º).

Por outro lado, a diretiva dispõe que “é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de proteção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação” (art. 1.º, 3). Em especial, as Diretivas 93/13/CEE (cláusulas abusivas) e 97/7/CE (contratos à distância) são consideradas “um elemento essencial da proteção do consumidor em matéria contratual. Estas diretivas aplicam-se igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação”, sendo a diretiva sobre comércio eletrónico “complementar dos requisitos de informação fixados nas diretivas citadas, e em especial na Diretiva 97/7/CE” (11).<sup>2</sup>

#### 5.4. Limites ao princípio do país de origem

Apesar da sua importância enquanto instrumento do mercado interno, o princípio do país de origem não é de âmbito universal. Desde logo não se aplica aos domínios excluídos do *âmbito de aplicação* da diretiva (art. 1.º, 5). Na delimitação negativa deste âmbito encontra-se, aliás, uma atividade de natureza sensível do ponto de vista da proteção da ordem pública e do consumidor. Trata-se dos jogos de azar em que é feita uma aposta em dinheiro em jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas (art. 1.º, 5/d, 3º trav.). Os chamados casinos virtuais, bem como as atividades em linha de lotarias e apostas, enquadram-se na noção de serviços da sociedade da informação. Pela sua natureza sensível do ponto de vista da proteção, nomeadamente, do consumidor, estes

---

<sup>1</sup> Nos termos do preâmbulo: “(42) As isenções de responsabilidade estabelecidas na presente diretiva abrangem exclusivamente os casos em que a atividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal atividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.”

<sup>2</sup> Para desenvolvimentos sobre a proteção do consumidor no comércio eletrónico ver Alexandre Dias Pereira, *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico e Comércio eletrónico e consumidor*, ambos nos *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 2 e 6, CDC/FDUC, 2000 e 2004.

serviços de apostas em linha constituem um domínio em que a aplicação da “regra de razão” do Tribunal de Justiça será especialmente fértil ao nível da justificação de restrições à liberdade de prestação de serviços por meios eletrónicos.<sup>1</sup>

Por outro lado, o princípio do país de origem é delimitado negativamente pelo conceito de *domínio coordenado*, que não integra todas as matérias relevantes em matéria de prestação de serviços da sociedade da informação. A diretiva determina positiva e negativamente as matérias que integram o domínio coordenado. Segundo a diretiva (art. 2.º-h), o domínio coordenado integra os requisitos de acesso ao mercado e os requisitos de atuação no mercado. Pela negativa, o domínio coordenado, por integrar apenas requisitos relativos à prestação de serviços por meios eletrónicos, não abrange exigências tais como as aplicáveis às mercadorias, enquanto tais, à entrega de mercadorias, e aos serviços não prestador por meios eletrónicos.

Da configuração do domínio coordenado resulta que o princípio do país de origem se aplica plenamente ao comércio eletrónico direto, mas já não à dimensão não eletrónica do chamado comércio eletrónico indireto. Por exemplo, as regras de venda à distância, por meios eletrónicos, de medicamentos, cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos integram o domínio coordenado, mas o regime desses produtos já não.

Para além dos limites resultantes do âmbito de aplicação da diretiva e do domínio coordenado, o princípio do país de origem é objeto de uma lista considerável de derrogações prevista no Anexo (art. 3.º, 3). Entre outras matérias, tais como a propriedade intelectual (direitos de autor e conexos, direitos *sui generis*, e propriedade industrial), destacam-se, com especial relevo no domínio da proteção do consumidor, a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato, as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidor e a autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico.

---

<sup>1</sup> Apesar da evolução da indústria do jogo no sentido de se tornar tendencialmente uma “legitimate part of the leisure industry, rather than a source of social problems” (Dixon, *From Prohibition to Regulation: Bookmaking, Anti-Gambling and the Law*, Oxford, 1991), razão pela qual entendemos que nem todas as restrições à liberdade de prestação de serviços serão justificáveis neste domínio (Alexandre Dias Pereira, *Gaming in European Economic Law: Advertising and Betting Services in the EC*, c/ col. Piergiorgio Bonini, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Ano VIII, n.º 16, 2003, 113-120), o entendimento de base desta atividade, ao menos para os casinos, é fornecido pela teoria do “privileged business” da jurisprudência do Estado de Nevada (*State v. Rosenthal*, 1977), que se ilustra bem pela decisão *Grimes v. Board of Commissioners*, (1931): “the State may regulate or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure” (cf. Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, 320 ff. A lei portuguesa parece ser orientada por esta conceção. Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de janeiro). As atividades dos jogos de fortuna ou azar são uma área particularmente sensível do ponto de vista, nomeadamente, da proteção do consumidor (Alexandre Dias Pereira, *Casino Gaming Law in Macau*, First Asian Academic Network Conference on Commercial Gaming, Osaka University of Commerce / University of Macau, 2005). Por esta razão defendemos que se trata de um domínio em que se justificará um “elevadíssimo” nível de proteção consumidor, não obstante as restrições à liberdade de prestação destes serviços no mercado interno que daí possam resultar. Não obstante, cumpre referir que, nos termos do preâmbulo (16): “A exclusão dos jogos de azar no âmbito de aplicação da presente diretiva apenas abrange os jogos de fortuna, lotarias e apostas propriamente ditas, em que é feita uma aposta em dinheiro. Não se incluem os concursos ou jogos promocionais cujo objetivo seja fomentar a venda de mercadorias ou serviços e em que os prémios, quando os haja, sirvam apenas para adquirir as mercadorias ou serviços promovidos.”

### **5.5. Local de estabelecimento e princípio do país de origem na lei interna**

A lei portuguesa (DL 7/2004, de 7 de janeiro) incorpora os critérios de determinação do local de estabelecimento “previstos” no preâmbulo da diretiva (art. 4.º, 2 e 3) para efeitos do princípio do país de origem. Em conformidade, estabelece que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam integralmente sujeitos à lei portuguesa relativa à atividade que exercem, mesmo no que concerne a serviços da sociedade da informação prestados noutro país comunitário (art. 4.º, 1). O princípio do controlo no país de estabelecimento é, todavia, estabelecido com limitações, tendo desde logo presente a jurisprudência do TJCE segundo a qual a escolha do local de estabelecimento não impede o Estado-membro de acolhimento de tomar as medidas contra o prestador de serviços se aquela escolha foi feita no intuito de iludir ou contornar a legislação desse Estado (ver considerando 57 da diretiva sobre comércio eletrónico).

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

À semelhança do regime previsto na diretiva, o princípio do controlo no país de estabelecimento sofre diversas exceções, não se aplicando a um conjunto significativo de situações previstas no art. 6.º, nomeadamente a propriedade intelectual, incluindo a proteção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores.

A este primeiro círculo de restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação junta-se um outro grupo de providências restritivas autorizadas pela diretiva comunitária (art. 7.º), nomeadamente por razões de defesa da saúde pública e dos consumidores. A adoção destas medidas restritivas deve cumprir certos deveres de notificação e procedimento, só sendo admitida em *ultima ratio*.

## **§ 6. Da onipotência à irrelevância da propriedade intelectual?**<sup>2</sup>

### **6.1. Reforços e alternativas à propriedade intelectual**

Referimos atrás a importância dos direitos de propriedade intelectual no comércio eletrónico. Esta importância crescente é acompanhada pelo reforço destes direitos,

---

<sup>1</sup> Os serviços de origem extracomunitária estão sujeitos à aplicação geral da lei portuguesa, bem como ao diploma do comércio eletrónico em tudo o que não for justificado pela especificidade das relações intracomunitárias (art. 5.º, 3).

<sup>2</sup> William Cornish, *Intellectual property: omnipresent, distracting, irrelevant?*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

desde o alargamento do objeto, até ao seu conteúdo exclusivo. Com efeito, “a mundialização da propriedade intelectual não só cria direitos novos como amplia os direitos anteriores em virtude de exigências da globalização dos mercados”.<sup>1</sup>

Atualmente, os direitos de propriedade intelectual projetam-se à escala global por via dos instrumentos do direito internacional, em especial o Acordo ADPIC. Fala-se até, com propriedade, em «l’impérialisme le plus complet des droits réels».<sup>2</sup> No direito comunitário, o alargamento e aprofundamento dos direitos de propriedade intelectual coloca frequentemente o próprio consumidor final na posição de um potencial pirata.<sup>3</sup>

Ora, o alargamento da propriedade intelectual é feito, normalmente, à custa do domínio público e das liberdades fundamentais dos cidadãos.<sup>4</sup> Pelo que a propriedade intelectual é uma propriedade sensível do ponto de vista do interesse público, não podendo as categorias clássicas da propriedade em geral ser automaticamente transpostas para esta propriedade especial<sup>5</sup> (que, aliás, de tão especial nem é sequer, para muitos, propriedade em sentido estrito).<sup>6</sup>

Não obstante, é caso para perguntar se de uma situação atual de onipotência não se passará rapidamente para um estado de irrelevância. Não apenas porque a tecnologia confere, de facto, mais poderes do que os direitos de propriedade intelectual, mas também porque é forte o movimento no sentido da preservação das liberdades tradicionais de utilização de obras protegidas, nomeadamente no que respeita à reprodução para uso privado.<sup>7</sup> Sem por em causa a viabilidade de novos modelos económicos, nomeadamente no que respeita ao pagamento por sessão, considera-se que os direitos de autor devem atuar a sua esfera de exclusividade no âmbito de atividades económicas, sobretudo comerciais, justificando-se apenas, para além disso, uma

---

<sup>1</sup> José António Gómez Segade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Studia Iuridica 48, BFDUC, Coimbra 2000, 22.

<sup>2</sup> André Lucas / Jean Devèze / Jean Frayssinet, *Droit de l’informatique et de l’Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001, 272.

<sup>3</sup> O processo de inclusão do consumidor no círculo de oponibilidade dos direitos de propriedade intelectual é reforçado pela Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, alegadamente nos termos do n.º 2 do artigo 17º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (considerando 32).

<sup>4</sup> Ver José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, Revista da ABPI 59/2002, 40-49.

<sup>5</sup> João Paulo Remédio Marques, *Propriedade Intelectual e Interesse Público*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXIX 2003, 293-354.

<sup>6</sup> A propósito do direito sui generis, salientou-se já que: “Um privilégio excessivo dos interesses e direitos dos agentes económicos, desacompanhado das considerações de interesse geral ou de serviço público que têm caracterizado os regimes internos, é suscetível de pôr em causa o equilíbrio desejável entre mercado e cidadania na sociedade da informação.” - Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, 80.

<sup>7</sup> Na sequência da nossa dissertação *Informática, direito de autor e propriedade intelectual* (publicada na Studia Iuridica, nº 55), tratámos esta problemática em diversos trabalhos, nomeadamente, *Direitos de autor, códigos tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV 1999; *Música e eletrónica: «sound sampling», obras de computador e direitos de autor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 311-334; *Direitos de autor, da Imprensa à Internet*, in Revista da ABPI, 64, 2003, 21-28; *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 263-273.

pretensão remuneratória que compense os titulares de direitos por certas utilizações livres.<sup>1</sup> Segundo a “via do meio”: “As gravadoras têm de renunciar a parte dos seus lucros (...); os utentes terão em contrapartida de renunciar à total gratuidade.”<sup>2</sup>

Mas se esta é ainda uma via intrassistemática; mais radical é a proposta dos movimentos *Free Software*, *Open Source* e *Creative Commons*.

## 6.2. *Copyleft e Free Software: o software como «discurso livre»*

O poderio global de certas empresas no setor da informática, exercido através dos direitos de autor e afins, tem suscitado reações a diversos níveis. Pugna-se, em especial, pela liberdade de programação informática, apelando a uma ideia de software como “discurso livre” no sentido de o sujeitar às exigências constitucionais da liberdade de expressão<sup>3</sup>, já que, para efeitos de proteção legal dos direitos de autor, os programas de computador são considerados obras literárias, ou pelo menos obras de natureza análoga às obras literárias.<sup>4</sup> Ao mesmo tempo, a resistência contra a apropriação e exploração exclusiva do software mediante direitos de autor e outras formas de propriedade intelectual jogaria em benefício dos utilizadores de software, nomeadamente as empresas, no sentido de não ficarem dependentes das grandes empresas de software e de conteúdos.

Neste contexto, especial destaque merece o movimento do software livre. Trata-se de um movimento que, apesar de combater a apropriação dos códigos de programação informática por via de direitos de autor e patentes, não abdica desses direitos, em especial no que respeita à sua vertente pessoal.<sup>5</sup> O movimento software livre foi criado por Richard Stallman, lançando em 1985 uma organização sem fins lucrativos, que se

---

<sup>1</sup> Para uma abordagem à transposição da Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto (que altera diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e adita-lhe o título VI, com a epígrafe «Proteção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão eletrónica dos direitos», e altera também a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC), ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Direito de autor, liberdade eletrónica e compensação equitativa*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXXI, 2005.

<sup>2</sup> J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?* Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume I, Almedina, 2005, 794.

<sup>3</sup> Sobre as exigências e implicações constitucionais deste direito fundamental, ver Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

<sup>4</sup> Esta foi a via trilhada pela legislação portuguesa, por ocasião da transposição da Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, através do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro. Sobre o sentido e limites da proteção legal dos programas de computador ver Alexandre Dias Pereira, *Proteção jurídica e exploração negocial de programas de computador*, in Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, BFDUC, Coimbra, 2002, 1-53; Id., *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Direito da Internet e da Informática*, Ordem dos Advogados, Centro Distrital do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

<sup>5</sup> Versámos o tema do software livre, com uma exposição sobre liberdade de programação informática e propriedade intelectual, no âmbito do Seminário sobre “*Software Open Source: Questões Legais, Operacionais e de Negócio*”, organizado pela PT Inovação, em Aveiro, no dia 11 de novembro de 2005. Posteriormente, com a colaboração da Dra. Maria Manuel Borges, abordámos a problemática dos *Creative Commons*, no dia 20 de julho de 2006, no âmbito do Curso de verão sobre Direito da Sociedade da Informação, organizado pela Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual.



dedica à eliminação de restrições sobre a cópia, redistribuição, estudo e modificação de programas de computador: a Fundação para o Software Livre (*Free Software Foundation*). Stallman introduziu os conceitos de *software livre* e *copyleft*, que foram desenvolvidos com o intuito de dar aos utilizadores liberdade de utilização e de programação, e de restringir as possibilidades de apropriação exclusiva.<sup>1</sup>

O software livre é o sistema operacional GNU e as suas ferramentas. Os projetos de software livre / código aberto («open source») mais visíveis são o sistema operativo GNU/Linux, o servidor de rede Apache, o browser Mozilla Firefox e os aplicativos de escritório OpenOffice.org. Entre os sites mais conhecidos que usam software livre encontram-se o Google (GNU/Linux) e o Yahoo (FreeBSD). As licenças de software livre são licenças de software (GPL) e licenças de documentação (GFDL) relativas à utilização de programas incluídos na Diretoria de Software Livre (*Free Software Directory*).

O movimento do software livre insere-se numa corrente de movimentos que defendem a liberdade da ciência contra a sua apropriação por direitos de autor e patentes (e.g., *Open Source*, *Creative Commons*, *Open Knowledge*, *Wikipédia*). Em especial, a liberdade do software funda-se na ideia do software livre como “discurso livre”.<sup>2</sup>

Todavia, o conceito de «Copyleft» não significa a inexistência de direitos de autor. Pelo contrário, em vez de se lançar o software no domínio público, afirma-se que é protegido por direitos de autor. Com base nisso, as licenças definem os termos de utilização e de distribuição, concedendo a todos o direito de usar, modificar, e redistribuir o código-fonte do programa *ou qualquer outro programa derivado dele*, mas somente se os termos de distribuição permanecerem inalterados. Pretende-se assim que o código e as liberdades de utilização e de programação se tornem legalmente inseparáveis.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre o software livre, *open source* e *copyleft* ver, e.g Norman Müller / Carsten Gerlach, *Open-Source-Software und Vergaberecht (Rechtliche Rahmenbedingungen für die Beschaffung von Open-Source-Software)*, CR 2/2005, 87-92; Gerald Spindler / Andreas Wiebe, *Open Source-Vertrieb (Rechteeinräumung und Nutzungsberechtigung)*, CR 12/2003, 873-879; Pablo de Camargo Cerdeira / Pedro de Paranaguá Moniz, *Copyleft e software livre - opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social*, Revista da ABPI, 71, 2004, 15-29; Jaeger/Metzger, *Open Source Software*, 2002; Schiffner, *Open Source Software*, 2003; Spindler (Hrsg.), *Open Source*, Otto Schmidt, Köln, 2003; David A. Wheeler, *Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!* 2005.

<sup>2</sup> O movimento *open source* na indústria de software adotou uma posição diferente relativamente aos direitos de propriedade intelectual no software, que é tradicionalmente reservado e protegido por direitos de autor (e em algumas jurisdições por direitos de patente). O *open source* refere-se ao desenvolvimento de software que está publicamente disponível em forma de código-fonte, segundo o padrão de certificação emitido pela Iniciativa Fonte Aberta (OSI). O software, apesar de protegido por direitos de autor, é distribuído livre de restrições de licenciamento e encoraja os utilizadores a utilizar, modificar, copiar e distribuir livremente o software, desde que certas condições sejam respeitadas, as quais incluem, nomeadamente, a obrigação de manter o código fonte publicamente disponível e de o titular da licença do código fonte não cobrar royalties. O movimento visa encorajar o desenvolvimento em colaboração de software, a remoção de erros de programação e a promoção de obras derivadas.

<sup>3</sup> Anupam Chander / Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, California Law Review, 92, 2004, 1331-1373 (“instead of putting GNU software in the public domain, we ‘copyleft’ it. Copyleft says that anyone who redistributes the software, with or without changes, must pass along the freedom to further copy and change it.”).

Por outro lado, «Copyleft» é um conceito genérico, existindo várias formas de atender à situação concreta. No Projeto GNU, os termos específicos de distribuição utilizados estão contidos na Licença Pública Geral do GNU, na Licença Pública Menos Geral e na Licença de Documentação Livre. A licença apropriada é incluída em vários manuais e em cada distribuição de código-fonte do GNU, e o software livre licenciado nos termos de «Copyleft» só poderá ser distribuído sob a mesma licença, ou seja, cedendo os direitos de reprodução, distribuição e modificação.

### 6.3. As licenças de software livre

A GPL (*General Public License*) ou Licença Pública Geral GNU (2ª versão, 1991) é o protótipo das licenças de software (e data) livre, como sejam a GFDL (*GNU Free Documentation License*), a LGPL (*Lesser General Public License*), as Licenças BSD da Universidade da Califórnia em Berkeley (BSD), a Licença Pública Mozilla 1.1. (MPL 1.1 - *Mozilla Public License* 1.1), e a *Apple Public Source License* Versão 2.0 (ASPL). Como aspetos nucleares do conteúdo destas licenças, destacam-se os seguintes: a liberdade de executar o programa para qualquer fim (1); a liberdade de estudar o funcionamento do programa (2); a liberdade de adaptação do programa às necessidades do utilizador (3); a liberdade de distribuir cópias do programa “tal e qual” ou modificado (4); a liberdade de aperfeiçoar o programa (5); a liberdade de acesso ao código-fonte de programação informática (6).

O *modus operandi* destas licenças traduz-se fundamentalmente na obrigação de dar a terceiros a mesma liberdade de utilização e de programação de que se beneficia. Assim, o utilizador pode distribuir, gratuitamente ou não, cópias do software a terceiros, mas tem que ceder-lhes todos os direitos. Depois, o utilizador tem que garantir que os terceiros também recebam ou possam obter o código-fonte.<sup>1</sup> Além disso, tem que dar-lhes a conhecer os termos da licença de software livre.

A GPL<sup>2</sup> não significa uma renúncia ao copyright do software, já que o utilizador só tem o direito de usar o software se aceitar a licença e tem que publicar em cada cópia distribuída um aviso de direitos de autor. Trata-se de uma licença que permite copiar, distribuir e/ou modificar o software livre numa base de reciprocidade coletiva. A GPL é normalmente acompanhada pela GFDL (*GNU Free Documentation License*). A Licença de Documentação Livre do GNU é uma forma de «Copyleft» criada para uso em manuais, livros, texto ou outros documentos, e destina-se a garantir que qualquer pessoa possa copiar e redistribuí-los, com ou sem modificações, tanto comercial como não comercialmente.

Em contrapartida, porém, não são dadas quaisquer garantias de desempenho, qualidade, segurança ou outras, exigindo-se até uma declaração de inexistência de garantias. Depois, todas as modificações do software devem ser devidamente assinaladas, incluindo a data da alteração. Além disso, a licença de utilização de

---

<sup>1</sup> “Para um trabalho em forma executável, o código-fonte completo significa todo o código-fonte de todos os módulos que ele contém, mais quaisquer arquivos de definição de *interface*, mais os *scripts* utilizados para se controlar a compilação e a instalação do executável.”

<sup>2</sup> Licença Pública Geral GNU (<http://www.gnu.org/licenses/gpl.txt>.)

software livre cancela-se automaticamente se o utilizador fizer utilizações não previstas na licença.

Por outro lado, se o utilizador criar um programa independente do software livre, pode explorar comercialmente esse programa independente fora das condições da GPL., mas, se se tratar apenas de modificações do código original, então não pode ceder o seu uso a terceiros senão nas condições previstas na GPL. E, em qualquer caso, o utilizador não pode impor mais restrições a terceiros.

No caso de serem reconhecidos judicialmente direitos a terceiros sobre o programa, então o utilizador não pode distribuí-lo posteriormente com reconhecimento desses direitos. Pelo contrário, deve pura e simplesmente abdicar de usar o software.

Além disso, se quiser incorporar parte do software livre em outros programas livres cujas licenças de utilização são diferentes, deve contactar o autor ou a Fundação Software Livre. De todo o modo, a GPL (Licença Pública Geral) não permite incorporar o programa em programas proprietários, de modo a garantir a liberdade de todo o software derivado do software da Fundação e promover a partilha e reutilização desse software. A GPL prevê ainda cláusulas de exclusão de garantia de bom funcionamento, de qualidade e segurança, e cláusulas de exclusão da responsabilidade civil por danos provocados pelo software. O software é distribuído tal e qual sem quaisquer garantias de adequação a fins específicos de utilizador, bem como no que respeita à sua segurança e índole não defeituosa, incluindo danos de perda de dados.<sup>1</sup> Finalmente, no caso de o programa ser uma biblioteca de sub-rotinas, o usuário deverá considerar mais útil permitir ligar aplicações proprietárias com a biblioteca. Neste caso, recomenda-se a utilização da Licença Pública Geral de Bibliotecas GNU, ao invés da GPL.

A LGPL<sup>2</sup>, ou Licença Pública Menos Geral do GNU, é utilizada em algumas bibliotecas de software GNU. Antes conhecida como GPL de Bibliotecas, o seu nome foi alterado por levar ao uso desta licença com maior frequência do que deveria ser utilizada. A Biblioteca compreende o conjunto de funcionalidades e dados preparados de modo a formar executáveis quando ligados a programas aplicativos. Destina-se a permitir a ligação de software proprietário a essas bibliotecas, mantendo esse software o carácter não livre. Como vantagens da LGPL apontam-se, nomeadamente: permitir o maior uso possível da biblioteca de modo a que se torne um padrão (standard) de facto, em especial tratando-se de bibliotecas que permitem desempenhar as mesmas funcionalidades que outras bibliotecas. Por exemplo, a autorização para usar a Biblioteca GNU C por software reservado torna possível uma maior utilização do sistema operativo global GNU bem como uma sua variante, o sistema operativo GNU/Linux.

O conteúdo da LGPL é semelhante ao da GPL. Assim, quem distribui cópias da biblioteca tem que dar aos terceiros os mesmos direitos que lhe são conferidos pela licença (1), transmitir-lhes o código-fonte (2), e dar-lhes a conhecer a licença (3). De igual modo, as modificações são livres, mas têm que ser devidamente assinaladas e,

---

<sup>1</sup> GPL, cláusula 11, *in fine* (“Should the program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction”).

<sup>2</sup> Lesser General Public License GNU 1999 (<http://www.gnu.org/licenses/licenses.pt.html>).

além disso, não são dadas quaisquer garantias, sendo excluída a responsabilidade por danos.

A LGPL apresenta, todavia, algumas diferenças em relação à GPL, com base na distinção fundamental entre “programa baseado na biblioteca” e “programa que usa a biblioteca”. Enquanto o primeiro contém código da Biblioteca, o segundo tem que ser ligado à Biblioteca para funcionar. No primeiro caso, valem as regras da GPL. No segundo, a distribuição de software pode ser feita em termos diversos da GPL, já que não implica a criação de uma obra derivada da biblioteca (LGPL, cláusula 5), pelo que não se sujeita a utilização e distribuição desta às condições da GPL. Porém, na medida em que um programa que usa a Biblioteca gere um derivado executável, ao nível do código objeto, pela utilização da biblioteca, ficam condicionados os termos da utilização e distribuição desse derivado, salvo se o ficheiro objeto usar apenas parâmetros numéricos, apresentações de estruturas de dados, pequenas macros de dez ou menos linhas de código (cláusula 5, *in fine*).

Além disso, nos termos da Cláusula 6 da LGPL, é permitida a utilização de materiais da sua biblioteca para a criação de novos programas e a sua distribuição nos termos a definir pelo licenciado, desde que tais termos permitam a modificação do programa segundo as necessidades do cliente e a descompilação do software para a correção de erros (*debugging*) dessas modificações.

De todo o modo, o utilizador deve apor um aviso de utilização da Biblioteca e da licença de utilização (1), fornecer o código da biblioteca (2), e usar um mecanismo adequado de partilha da biblioteca para ligar à biblioteca (3).

A GPL é, como dissemos, o protótipo das licenças de software livre ou de fonte aberta (open source). Contudo, outras licenças apresentam algumas especificidades. Por exemplo, as Licenças BSD da Universidade da Califórnia em Berkeley apresentam como aspeto específico a proibição de o nome da Organização e dos Colaboradores ser usado para recomendar ou promover produtos derivados deste software livre sem autorização prévia para o efeito dada por escrito. Outro exemplo é dado pela Licença MPL 1.1 (Mozilla), que obriga o utilizador a colocar um anúncio de direitos de propriedade intelectual («Legal») sobre o código ou partes dele de que tenha conhecimento (cláusula 3.4(a)) e a dar conhecimento desse facto à comunidade de utilizadores do software.

#### **6.4. Vantagens e desvantagens do software livre**

Comparando o «software livre» com o «software proprietário» (ou reservado), em termos de vantagens e desvantagens, apontam-se alguns aspetos que favorecem a adoção do software livre, como sejam uma relevante quota de mercado (o caso japonês, de 35% para 64% em pouco tempo), a fiabilidade, o desempenho e a segurança do software livre (o caso *Mozilla*), os inferiores custos de instalação, manutenção e *upgrade*, a não dependência de uma fonte única, os inexistentes ou reduzidos custos de litigância, a possibilidade de transição gradual para o ambiente de software livre.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Chissick, Michael / Kelman, Alistair, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2002, 9 (“There is increasing volume of evidence that Open Source Software is more reliable than conventional commercial closed source software.”).

De todo o modo, ressalva-se que o software livre não resolve todos os problemas e a opção por esta via deve basear-se num estudo prévio das necessidades de cada empresa. Todavia, o software livre é também objeto de algumas críticas, como sejam: a alegada falta de assistência técnica, a utilização deste modelo como dispositivo de “branqueamento” de software plagiado, a (in)viabilidade económica, o colapso da indústria do software, e o movimento anti-Microsoft, apesar de esta empresa também usar esse tipo de software.

Finalmente, argumenta-se ainda no sentido da invalidade das licenças GNU GPL. Contudo, outra tem sido a orientação perfilhada pelos tribunais, como mostram o caso *Sitecom* da jurisprudência alemã (Munique) e o caso *Drew Technologies, Inc. v. Society of Automotive Engineers, Inc. (SAE)* da jurisprudência norte-americana.<sup>1</sup>

Seja como for, a verdade é que o software livre ou ao menos o software de fonte aberta surge cada vez mais como uma exigência constitucional de transparência na sociedade da informação em geral<sup>2</sup>, e na concorrência mercantil do comércio eletrónico, em especial.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Ver David A. Wheeler, *Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!*, 2005 (<http://www.dwheeler.com/contactme.html>).

<sup>2</sup> Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, 224-5 (“If code is a lawmaker, then it should embrace the values of a particular kind of lawmaking. / The core of these values is transparency. What a code regulation does should be at least as apparent as what legal regulation does. Open code would provide that transparency”).

<sup>3</sup> Jane Kaufmann Winn, *Open Systems, Free Markets, and Regulation of Internet Commerce*, Tulane Law Review 72/1998, 1177.

## A LIBERDADE DE NAVEGAÇÃO NA INTERNET (*BROWSERS, HYPERLINKS, META-TAGS*) \*

### Introdução

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

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

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

### 1. Os instrumentos de busca como possíveis objetos de direitos exclusivos

O que são os instrumentos de busca na internet? No essencial, trata-se de programas de computador. A função destes programas consiste em pesquisar e catalogar páginas da internet cujo código fonte contenha metadados<sup>1</sup> correspondentes às palavras-chave da ordem dada pelo utilizador ao motor de pesquisa<sup>2</sup>. Em sentido amplo, a definição de instrumentos de busca (ou de pesquisa) abrange os motores de pesquisa, as hiperligações e, ainda, os metadados; porém, em sentido estrito, a expressão abrange apenas os motores de pesquisa (*finders, browsers, crawlers*).

Os motores de pesquisa são programas de computador. Enquanto tais, poderão ser objeto de direitos de autor.<sup>3</sup> Porém, é reduzida a proteção dos programas de computador pelos direitos de autor segundo o direito nacional e comunitário. Desde logo, a dicotomia forma de expressão/contéudo ideativo-funcional exclui do âmbito de proteção destes direitos o núcleo funcional dos programas, nomeadamente os métodos e processos funcionais, isto é, os algoritmos utilizados na escrita dos programas – como,

---

\* *Estudos de Direito da Comunicação*, Dir. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, pp. 227-260

<sup>1</sup> Os metadados são “etiquetas eletrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede («*meta-tags*»).

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

<sup>3</sup> Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpõe a Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

aliás, é jurisprudência constante nos EUA. De igual modo, a licitude da descompilação para fins de interoperabilidade nas comunicações eletrónicas traduz-se numa limitação da proteção do direito *sui generis* sobre os processos enxertado num regime de direitos de autor.<sup>1</sup>

Em vista disto, é crescente o recurso ao direito de patente para proteger os processos funcionais utilizados na escrita dos programas<sup>2</sup>. Neste sentido aponta a importante experiência do direito estadunidense – que parece informar a abertura do objeto de proteção do direito de patente previsto no ADPIC -, embora na Europa se coloque ainda o problema da não patenteabilidade dos programas de computador enquanto tais no quadro da Convenção de Munique e, entre nós, do Código da Propriedade Industrial. Em nossa opinião, dever-se-ia respeitar o imperativo da interoperabilidade mesmo no caso de virem a ser concedidos direitos de patente aos programas de computador ou, pelo menos, aos algoritmos utilizados na sua escrita.<sup>3</sup> Sendo que deveremos entender a interoperabilidade em sentido amplo, quer em termos de protocolos aplicativos e formatos de dados, quer em termos de portabilidade e de mobilidade<sup>4</sup>.

Por outro lado, coloca-se a questão da proteção dos resultados produzidos pelos instrumentos de busca, isto é, os índices resultantes da recolha, que o motor de pesquisa apresenta ao utilizador. Embora pareçam ser assimiláveis a bases de dados, enquanto objeto de direitos de propriedade intelectual<sup>5</sup>, a sua proteção pelo direito de autor será de excluir, na medida em que não resultem de um esforço humano de criação intelectual.

Todavia, em abstrato, não nos parece ser de excluir a hipótese de se verificarem os requisitos de proteção pelo direito especial do fabricante de bases de dados<sup>6</sup>. Ou seja, pela positiva, admitimos que o conteúdo de uma base de dados composta por resultados de buscas obtidos através de motores de pesquisa implique a realização de um investimento substancial, de um ponto de vista quantitativo e qualitativo, suscetível portanto de ser objeto de proteção pelo direito *sui generis* do produtor de bases de dados<sup>7</sup>. Com efeito, os “elementos necessários ao funcionamento ou à consulta de certas

---

<sup>1</sup> Nos EUA, o imperativo da interoperabilidade justificou a licitude da neutralização do sistema técnico que impeça a descompilação do programa (cfr. sec. 1201(f) da *Digital Millennium Copyright Act*, 1998). A nível europeu, a questão é apenas considerada no preâmbulo da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (*vide* cons. 50 e art. 6.º).

<sup>2</sup> Sobre a patenteabilidade dos programas de computador, *vide* o nosso *Patentes de Software, in Direito Industrial*, Vol. 1, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385 *et seq.*, com mais indicações.

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide* a nossa obra *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra Editora, 2001, esp. §41 e 52.

<sup>4</sup> Cf. o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 18 (pesquisar nota de atualização em [www.almedina.net](http://www.almedina.net)).

<sup>5</sup> Cfr. art., 1.º, 2, e cons. 20-1 da Diretiva 96/9/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho.

<sup>6</sup> Em sentido contrário, *vide* J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, *cit.*, p. 207-8.

<sup>7</sup> Para uma análise pormenorizada do direito *sui generis*, quanto ao seu objeto, titularidade e conteúdo, *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *cit.*, 53 (informação e direito do produtor de bases de dados).

bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação” (cons. 20) não são excluídos do âmbito de aplicação da diretiva bases de dados.

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

Por outras palavras, para que beneficiem de proteção é necessário que sejam elementos de uma base de dados capaz de tutela. Dever-se-á, assim, entender, que o legislador optou pelo rigor da definição de bases de dados, a elas equiparando, para efeitos de proteção, os elementos necessários ao seu funcionamento e consulta, *maxime* o *thesaurus* e os sistemas de indexação.

## **2. Os instrumentos de busca de informação como possíveis meios de violação de direitos exclusivos**

Os motores de pesquisa, enquanto possíveis meios de violação de direitos exclusivos, levantam, desde logo, problemas ao nível do direito de reprodução nos direitos de autor. Com efeito, para receber e enviar informação numa rede ampla como a Internet é exigida uma conexão, uma ligação de acesso. Embora existam várias possibilidades de ligação à Internet, na maior parte dos casos esta ligação de acesso processa-se através de um prestador de serviços em linha<sup>1</sup>. Assim, através de um dispositivo chamado modem, a ligação ao PSL faz-se pelo computador e uma linha telefónica. Por seu turno, o PSL liga os seus utilizadores à Internet. Uma vez feito isto, o utilizador, através do seu computador, pode aceder a informação armazenada noutros computadores ligados à Internet, pressupondo que estes computadores estão preparados para tornar a sua informação disponível. Se o utilizador quiser ver informação de outro computador, navegando na rede – ou saltando páginas (*browsing*) -, o seu computador fará automaticamente uma cópia da informação requerida na memória de acesso (RAM). Se esta informação não for gravada pelo utilizador, desaparece normalmente depois de algum tempo ou quando o computador do utilizador é desligado. Apesar de a Internet

---

<sup>1</sup> Por ex., entre nós, “Telepac”, ou, nos EUA, os conhecidos “America Online” ou “CompuServe”.



dar a impressão de que o utilizador está constantemente ligado ao computador onde a informação está a ser obtida, na realidade o utilizador está apenas ligado a esse computador o tempo suficiente para o chamado carregamento descendente da informação pedida. De outro modo, o utilizador monopolizaria o outro computador, barrando o acesso a outros utilizadores que quisessem aceder à informação oferecida por esse computador. Na verdade, o método de funcionamento da Internet consiste em partilhar uma fonte através dos canais da rede, de maneira a que todos possam beneficiar da e aceder à informação disponível. Isto faz-se através de uma forma de troca de dados sujeitos a compressão digital, permitindo a vários utilizadores aceder à mesma informação, de uma maneira que, apesar de parecer simultânea, na realidade não é. A vantagem da Internet é que permite o acesso rápido a informação disponível em computadores por todo o mundo. Se não fosse possível fazer esta reprodução temporária, o acesso à informação seria mais lento, senão mesmo impossível.<sup>1</sup>

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

Tendo em conta os Tratados da OMPI, a Diretiva sobre o direito de autor na sociedade da informação<sup>2</sup> vem harmonizar comunitariamente o tronco patrimonial dos direitos de autor (reprodução, comunicação ao público, distribuição). O art. 2.º define o direito de reprodução em termos amplos, abrangendo as “reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte”. Porém, no art. 5.º, sob epígrafe exceções e exclusões, prevê a exclusão, no n.º 1, dos “atos de reprodução temporária”, isto é, dos atos de reprodução que: sejam

---

<sup>1</sup> Cfr. Stephen Fraser, *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 1997, p. 759

<sup>2</sup> Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

transitórios ou episódicos (1), constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2), cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima (3.1.), ou de uma obra ou de outro material a realizar (3.2), e que não tenham, em si, significado económico (4). Esclarece ainda o preâmbulo que, em tais condições, “esta exceção abrange igualmente os atos que possibilitam a navegação («*browsing*») e os atos de armazenagem temporária («*caching*»), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado na indústria, para obter dados sobre a utilização da informação” (cons. 33).

A razão de ser desta exclusão constava já da exposição de motivos da proposta inicial de diretiva, onde se pode ler que esta exclusão se aplica “em especial ao ambiente em linha, mas também aos atos de reprodução que ocorrem no contexto da utilização de material protegido em formatos fora de linha. Nestes casos, justifica-se limitar o âmbito do direito de reprodução e proteger apenas os atos de reprodução que apresentam uma relevância económica distinta. A previsão de uma exceção obrigatória a nível comunitário é fundamental uma vez que tais reproduções auxiliares efémeras para a utilização final de uma obra ocorrerão na maior parte dos atos de exploração de material protegido, que assumirão frequentemente um carácter transnacional. Por exemplo, ao transmitir um ‘vídeo a pedido’ de uma base de dados na Alemanha para um computador pessoal em Portugal, esta descarga implicará uma cópia do vídeo, em primeiro lugar, no local da base de dados e, depois, em média, até pelo menos cerca de uma centena de atos efémeros de armazenagem durante a transmissão até Portugal. Uma situação divergente nos Estados-membros, em que uns exigem a autorização para tais atos auxiliares de armazenagem implicaria um risco significativo de entravar a livre circulação das obras e serviços, em especial dos serviços em linha que contenham material protegido.”<sup>1</sup>

Ora, entre nós, o Código do Direito de Autor denota insuficiência regulamentar sobre esta questão. Será necessária uma clarificação normativa, em especial por via da interpretação do Código segundo as diretivas comunitárias, enquanto estas não forem transpostas, sob pena de eventual paralisação da internet em Portugal, em virtude de um direito de reprodução ainda não recortado em atenção às exigências específicas do ambiente digital em rede.<sup>2</sup>

Nesse processo de clarificação interpretativa do Código, dever-se-á ter em conta também o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação no quadro da Diretiva sobre o comércio eletrónico<sup>3</sup>, particularmente no que

---

<sup>1</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação, COM(97) 628 final, 10.12.1997, Exposição de Motivos, p. 32.

<sup>2</sup> Vide o nosso *O Código do Direito de Autor e a Internet*, <<http://www.verbojuridico.net>>

<sup>3</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”). Sobre os trabalhos preparatórios desta diretiva vide o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação*, cit., pp. 41-79.

respeita aos motores de pesquisa. Esta diretiva prevê o fornecimento de ferramentas de pesquisa como um exemplo da noção de serviços da sociedade da informação (cons. 18), a qual faz parte do acervo comunitário do direito da sociedade da informação. Na secção 4, seguindo uma abordagem horizontal, esta importante diretiva trata da problemática da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços relativamente a certos tipos de atividades («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»)<sup>1</sup>. Porém, relativamente aos utensílios de localização de informação («*browsing*», «*crawling*», «*linking*»), a Diretiva sobre comércio eletrónico remeteu esta matéria para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Diretiva<sup>2</sup>. Ou seja, a Diretiva sobre comércio eletrónico não prevê critérios para este tipo de situações, sendo de atender de todo o modo ao regime da referida diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação.

No direito comparado, os EUA definiram o regime da responsabilidade dos ISP. Com efeito, esta matéria foi regulada pela lei dos limites à responsabilidade por infrações aos direitos de autor na internet<sup>3</sup>. Esta lei cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de atividades («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), prevendo ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de localização de informação («*browsing*», «*crawling*», «*linking*»). Ora, como opera na DMCA a exceção relativa aos utensílios de localização de informação?

O limite relativo aos utensílios de localização de informação está regulado na secção 512(d). Este limite abrange ligações em hipertexto («*hyperlinking*»), diretórios em linha, motores de pesquisa («*browsers*») e outros semelhantes. É limitada a responsabilidade pelos atos de referência ou ligação de utilizações a um sítio que contém material infrator mediante utilização de tais utensílios de localização de informação, na medida em que sejam observadas as seguintes condições: 1.<sup>a</sup> o prestador não deve ter o requisito do grau de conhecimento de que o material é infrator, sendo o padrão de conhecimento o mesmo que vale para o limite relativo a informação residente em sistemas ou redes; 2.<sup>a</sup> se o prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a atividade infratora, o prestador não deve receber um benefício financeiro diretamente atribuível a essa atividade; 3.<sup>o</sup> mediante receção de notificação de infração reclamada, o prestador deve eliminar ou bloquear o acesso ao material. Trata-se, no essencial, das mesmas condições que valem para o limite relativo à informação residente («*hosting*»). Em especial, no que respeita ao padrão de conhecimento, o prestador de serviços apenas poderá beneficiar deste limite de responsabilidade se não tiver conhecimento real da infração (1), não estiver ao corrente de factos ou circunstâncias a partir das quais a

<sup>1</sup> Vide Luís M.T. Menezes Leitão, *A Responsabilidade Civil na Internet*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2001, pp. 171 e 182 e seq.

<sup>2</sup> Cfr. Diretiva sobre comércio eletrónico, art. 21.<sup>o</sup>, 2.

<sup>3</sup> *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, Tit. II da DMCA - *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998. Sobre a DMCA vide, com mais indicações, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, LXXV, Coimbra, 1999, pp. 475 et seq.

atividade de infração seja aparente (2), ou, estando-o, responda prontamente no sentido de eliminar o material ou bloquear o acesso a ele (3).

Por outro lado, aplicam-se neste limite as prescrições que estabelecem salvaguardas contra a possibilidade de notificações erróneas ou fraudulentas, bem como as que protegem o prestador de serviços contra reclamações baseadas em ter eliminado o material. Com efeito, são previstos procedimentos relativos aos termos apropriados da notificação e regras quanto aos seus efeitos. No procedimento de aviso e eliminação, o titular de direitos de autor apresenta ao agente designado do prestador de serviços uma notificação sob pena de perjúrio, incluindo uma lista de elementos especificados. O não cumprimento substancial dos requisitos legais significa que a notificação não será considerada na determinação do requisito do nível de conhecimento pelo prestador de serviços. Se, tendo recebido uma notificação apropriada, o prestador de serviços prontamente remover ou bloquear o acesso ao material identificado na notificação, o prestador será isento de responsabilidade pecuniária. Além disso, o prestador é protegido contra qualquer responsabilidade relativamente a queixas de qualquer pessoa fundadas em ter eliminado o material.

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

Ora, a nível europeu, em comparação com o regime estadunidense, a Diretiva sobre o comércio eletrónico não regula a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prestação de motores de pesquisa e outras ferramentas de localização de informação<sup>1</sup>, limitando-se a incumbir a Comissão de elaborar um relatório sobre a aplicação da diretiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da

---

<sup>1</sup> Sobre os problemas resultantes desta opção do legislador comunitário *vide* o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath&Saunders (eds.), Atas do Simpósio IEEM - 2000, Kluwer, London, 2001, p. 90 *et seq.*, com mais indicações.

sociedade da informação, relatório esse que, ao examinar a necessidade de adaptação da diretiva, deverá analisar, em particular, a necessidade de propostas relativas, nomeadamente, à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, bem como aos procedimentos de «*notice and take down*» e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo (art. 21.º).

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

Assim, parece que a Diretiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação terá já adaptado a Diretiva sobre comércio eletrónico, pelo menos no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação pelo fornecimento de ferramentas de pesquisa em matéria de direitos de autor. De todo o modo, poder-se-ia dizer que o problema da responsabilidade dos prestadores de hiperligações não terá sido ainda regulado a nível comunitário, pelo que não disporá o intérprete do nosso Código de um tal arrimo de clarificação interpretativa.

Ora, a nosso ver, a prestação de hiperligações não deveria ser considerada, enquanto tal, uma infração aos direitos de autor. Deve-se às hiperligações, juntamente com os agentes eletrónicos de pesquisa, boa parte do êxito dos novos média interativos, em especial a Internet. A hiperligação apenas remete o utilizador para um sítio e o agente eletrónico fornece-lhes os meios de o alcançar com um simples clique. As reproduções feitas pelo programa de navegação ou exploração da rede («*browsing*») serão livres, nos termos referidos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a problemática das reproduções temporárias *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *cit.*, 45, com mais indicações.

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

Claro que certas hiperligações, como as que ligam para páginas internas do sítio (*ligações profundas* ou «*deep-linking*») ou as que incorporam o conteúdo desse sítio no sítio do prestador (*ligações incorporantes* ou «*in-linking*»), são efetivamente “perigosas”<sup>1</sup>. Com efeito, tais hiperligações fazem com que o sítio hiperligado em profundidade ou incorporado possa perder receitas de publicidade, para além de serem suscetíveis de gerar confusão quanto à identidade do titular do sítio<sup>2</sup>.

Em termos de direito de autor, poder-se-ia sustentar aqui, ao menos para as ligações incorporantes, a figura da conexão de obras<sup>3</sup>, na medida em que efetivamente se desse uma incorporação do conteúdo do sítio de terceiro no sítio do prestador. Porém, essa incorporação é puramente virtual, para além de que depende da ativação da hiperligação pelo utilizador. De resto, as reproduções feitas neste processo não são mais do que reproduções de navegação, pelo que, à semelhança do regime estadunidense, parece-nos que se justifica, em matéria de direitos de autor, um regime idêntico.

Isto não significa que as hiperligações profundas e incorporantes sejam juridicamente irrelevantes. Desde logo, deverão respeitar as condições de direitos de autor em que os atos de navegação são livres, definidas pela diretiva sobre o direito de autor na sociedade da informação. Por exemplo, se o motor de pesquisa ou a hiperligação permitirem aos utilizadores acederem a sítios de acesso reservado, contornado o respetivo sistema técnico de proteção, não se tratará de atos de reprodução destinados a permitir uma utilização legítima e, nessa medida, não poderão ser considerados atos de navegação livre, salvo se se tratar de exercício de uma exceção imperativa a esses direitos<sup>4</sup>. Na verdade, os atos de neutralização de sistemas técnicos de proteção (incluindo os dispositivos de controlo de acesso) de obras e prestações protegidas por direitos de autor e conexos, bem como pelo direito do fabricante de bases de dados, são proibidos nos termos da Diretiva sobre direito de autor na sociedade da informação, que ressalva, todavia, a faculdade de os Estados-membros preverem determinados casos de neutralização legítima<sup>5, 6</sup>.

---

convenientemente satisfeitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da Diretiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação (art. 5.º, 2-a).

<sup>1</sup> Alain Strowel, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet: A propos des hyperliens*, Auteurs & Médias, 1998, p. 296.

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

<sup>3</sup> Assim, J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 205.

<sup>4</sup> Para uma primeira abordagem à questão da proteção técnica dos conteúdos *vide* o *Os direitos de autor e os desafios da tecnologia*, Livro Verde da Comissão, COM(88) 172.

<sup>5</sup> *Vide* Diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE), art. 6.º. Sobre esta importante problemática *vide* a nossa obra *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., esp. §37, 38, 54 e 55, com mais referências.

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

Além disso, tais atos de hiperligação podem consubstanciar práticas ilícitas no quadro de outras figuras. Pensamos, concretamente, no instituto da concorrência desleal. Com efeito, vários casos da jurisprudência no direito comparado mostram que se trata, sobretudo, de atos de parasitismo e confusão concorrenciais, de falsidade depreciativa, de promoção enganosa; também não se exclui a possibilidade de haver atos de supressão dos sinais distintivos do produtor dos conteúdos. Enfim, tudo atos de desonestidade mercantil<sup>1</sup>, que correspondem a exemplos da cláusula geral da concorrência desleal, que, entre nós, o Código da Propriedade Industrial tipifica como ilícito criminal (art. 260.º), remetendo o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten*.

Assim, também nós “ficamos realmente com a impressão de que a questão pertence muito mais” ao domínio da concorrência desleal<sup>2</sup>. De resto, os termos em que a Diretiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação delimita negativamente o direito de reprodução parecem suscetíveis de abranger as hiperligações nos atos de navegação livre (aliás, à semelhança da DMCA). Pelo que também neste domínio, ao nível dos direitos de autor, a Diretiva sobre comércio eletrónico terá sido já adaptada.

Por outro lado, a utilização de instrumentos de pesquisa na Internet pode consubstanciar uma atividade de tratamento de dados pessoais, isto é, “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»), considerando-se identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”<sup>3</sup>.

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

Os “cookies” foram desenvolvidos para assistir a interação entre cliente/servidor e recolha de dados. Podem ser acedidos pelo servidor durante visitas atuais e futuras ao sítio da rede. Esta operação realiza-se através da atribuição de um código único a cada

---

<sup>1</sup> Aos quais poderíamos acrescentar as práticas de «*pagejacking*» e «*mouse-trapping*».

<sup>2</sup> J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 205.

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

visitante e pelo alojamento deste número num “cookie” que é acionado sempre que o sítio é visitado. A informação que é subseqüentemente recolhida sobre o utilizador pode ser depois ligada a este número de código. Ora, a proteção da vida privada e dos dados pessoais é uma das principais preocupações da integração das redes globais de informação na vida do quotidiano. Com efeito, as novas tecnologias aumentam o risco de a informação pessoal ser automaticamente gerada, recolhida, armazenada, interligada e colocada à disposição de vários tipos de uso por agentes comerciais ou pela Administração Pública, sem o conhecimento nem a autorização do titular dos dados.

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

Ora, a Lei dos Dados Pessoais regula o tratamento destes dados segundo determinados princípios (qualidade, consentimento, finalidade, adequação, pertinência). Além disso, reconhece certos direitos gerais do titular dos dados (informação, acesso, retificação, oposição), sendo de referir, em especial, no que respeita ao direito de informação, que em caso de recolha de dados em redes abertas, o titular dos dados deve ser informado, salvo se disso já tiver conhecimento, de que os seus dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados (art. 10º, 4). Por outro lado, são consagrados direitos especiais no *marketing* direto e nas telecomunicações.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. *Inventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks*, Working Party on Information Security and Privacy, OECD, May 1999.

<sup>2</sup> Para além da Lei da Proteção de Dados Pessoais, veja-se também a Lei n.º 69/98 de 28 de outubro (que transpõe a Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações), e a Decisão da Comissão de 26 de julho de 2000 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de “porto seguro” e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América. Além disso, foi adotado o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses



A adequação destas leis para regular o tratamento de dados pessoais na Internet, em especial através dos «*browsers*», tem sido posta em causa. Apesar de serem relativamente recentes, estas leis teriam sido já ultrapassadas pelas realidades tecnológicas entretanto surgidas, com expressão na Internet. Neste sentido, sustenta-se na doutrina que, “não obstante toda a intervenção legislativa sobre dados pessoais, nos encontramos em vastas zonas... numa situação de lacuna de lei”, sendo necessária “uma disciplina própria”<sup>1</sup>. E, com efeito, em ordem a adaptar estes diplomas às exigências específicas das comunicações eletrónicas interativas está em discussão, nas instâncias comunitárias, uma Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

Note-se, em todo o caso, que a Internet é um instrumento novo de comércio, sendo palco de concorrência. Onde há concorrência podem ocorrer atos de concorrência desleal, não sendo o comércio eletrónico exceção. Durante algum tempo, este novo canal de comércio foi visto como um “wild west”. Ora, o comércio eletrónico só poderá realizar o seu potencial se for previsto algum âmbito de proteção e recurso contra atos de concorrência desleal.<sup>2</sup> A proteção contra a concorrência desleal complementa a proteção dos direitos de propriedade intelectual, cobrindo um amplo conjunto de assuntos relevantes para o comércio eletrónico e fornecendo um quadro jurídico para todas as formas de marketing. O comércio eletrónico ainda não foi sujeito a regulamentações específicas relacionadas com as matérias da concorrência desleal. Não obstante, enquanto parte mais flexível do direito da propriedade industrial, o direito da concorrência desleal pode oferecer soluções para os novos problemas que se colocam no comércio eletrónico, como sejam, nomeadamente, as novas *práticas interativas de marketing* (utilização de incentivos, tais como lotarias, ofertas gratuitas e práticas agressivas como a publicidade comparativa e correio eletrónico não solicitado ou «*spamming*»). Para saber se estas práticas interativas de *marketing* poderão ser consideradas como atos de concorrência dever-se-á atender à natureza específica do meio em consideração, sendo questionável se a interatividade natural do meio não justificará a aplicação de padrões mais estreitos em termos de honestidade das práticas

---

dados. No plano internacional, sobre esta questão poderá ver-se, nomeadamente, a *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.

<sup>1</sup> J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit, p. 212.

<sup>2</sup> Ao nível do direito internacional, o art. 10bis da Convenção de Paris dispõe que os Estados que são Partes do Tratado devem prever proteção efetiva contra a concorrência desleal, abrangendo qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos da atividade industrial e comercial e, em especial, “todos os atos que pela sua natureza criem confusão por quaisquer meios seja com o estabelecimento, os bens ou as atividades industriais ou comerciais de um concorrente”. Por seu turno, o art. 39 do Acordo ADPIC consagra a obrigação de prever a proteção contra a concorrência desleal de acordo com aquela norma, em termos de abranger também a proteção dos segredos comerciais ou informação não divulgada. Porém, apesar de o art. 10bis da Convenção de Paris e o art. 39 do Acordo ADPIC darem alguma orientação no que respeita às regras internacionalmente aplicáveis para a proteção contra a concorrência desleal, ficam excluídas muitas áreas que são reguladas de modo diferente em vários sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, a publicidade comparativa e os esquemas de bónus e desconto), levantando-se dificuldades à definição de estratégias uniformes no comércio eletrónico à escala global em virtude do mosaico de leis nacionais.

do comércio. Além do mais, num meio interativo como a Internet, a salvaguarda da transparência e da privacidade é de especial importância, podendo o direito da concorrência desleal ter que prever regras exigindo uma distinção clara entre texto informativo e publicidade e protegendo os consumidores contra a recolha não autorizada de dados para fins comerciais e o entulhamento dos utilizadores com publicidade não solicitada («spamming»).<sup>1</sup>

Entre nós, o CPI tipifica como ilícito criminal a concorrência desleal (art. 260.º), segundo uma cláusula geral que remete o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten* – senão mesmo para um *ius naturale* da *lex mercatoria*. Como exemplos dessa desonestidade mercantil apresenta-se, nomeadamente, a confusão concorrencial, a falsidade depreciativa, o parasitismo, a promoção enganosa, a supressão pelo distribuidor dos sinais distintivos do produtor, o desrespeito pelos segredos de outrem<sup>2</sup>. Em face do nosso direito positivo, parece que certas práticas interativas de *marketing*, como o «spamming» e os «browsers» -espiões, constituirão atos de concorrência desleal, sendo algumas assimiláveis aos exemplos que ilustram a violação dos bons costumes da concorrência.

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

Os metadados (“etiquetas eletrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede - «meta-tags») suscitam problemas específicos ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal<sup>3</sup>. Com efeito, na jurisprudência do direito comparado a utilização

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

<sup>2</sup> Na proposta de alteração ao CPI a ilicitude da concorrência desleal é reafirmada no art. 320.º em termos semelhantes à cláusula geral do Código atual ilustrada mediante um catálogo de exemplos de atos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, acrescentando-se “económica”, prevendo-se como exemplos a confundibilidade e o parasitismo concorrenciais, a falsidade depreciativa e promocional, e a ocultação de sinais distintivos do produto pelo intermediário; dois exemplos de atos são suprimidos, como sejam os reclamos dolosos e a apropriação, utilização ou divulgação de segredos de comércio e indústria de outrem, embora seja autonomizada a proteção dos segredos de empresa no art. 321.º, sob epígrafe “proteção de informações não divulgadas”, procurando receber-se desse modo o regime previsto para os segredos no acordo internacional ADPIC (1994). Além disso, a concorrência desleal deixa de constituir ilícito criminal, passando a ser apenas um ilícito contraordenacional (cfr. arts. 324.º a 333.º e art. 334.º).

<sup>3</sup> Sobre este assunto, vide: J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 213 ss; D. M. Cendali / C. E. Forssander / R. J. Turiello Jr., *An Overview of Intellectual Property Issues Relating to the Internet*, *Trademark Reporter*, 89, 1999, p. 529-532; S. Chong, *Internet Meta-tags and Trade Mark Issues*, E.I.P.R., 1998, pp.275-277; N. Greenfield / L. Cristal, *The Challenge to Trademark Rights by Web Technologies: Linking Framing, Metatagging and Cyberstuffing*, *Trademark Law and the Internet*, 1999, pp.207-216; T. F. Presson / J. R. Barney,

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

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

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

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

Em vários países os titulares de marcas questionaram a utilização não autorizada das suas marcas de comércio como metadados<sup>1</sup>. Porém, a marca não é utilizada em primeira linha para distinguir determinados bens ou serviços. É antes usada de um modo que não é visível ao olho humano de modo a fazer com que um motor de pesquisa liste um determinado sítio na rede em resposta a uma pesquisa. O utilizador terá que pressionar o rato sobre um dos resultados de pesquisa listados se quiser ver o conteúdo desse sítio.

Não obstante, alguns tribunais consideraram esta prática como violação do direito de marca, com fundamento em que esse uso poderia sugerir *patrocínio* ou *autorização* do titular da marca, ou então recorrendo ao conceito de «interesse de confusão inicial», baseando-se no facto de que os consumidores que procuram os produtos do titular da marca poderiam ser erroneamente enviados para um sítio de outrem. Com efeito, se este

---

*Trademarks as Metatags: Infringement or Fair Use?*, AIPLA Quarterly Journal, 1998, pp.147-178; D. M. Kelly / J. M. Gelchinsky, *Trademarks on the Internet: How Does Fair Use Fare?*, Trademark World, 114, 1999, pp.19-22; C. Curtelin, *L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales*, in *Révue de Droit de L'Informatique et des télécoms*, 3/1999, p. 16 ss.

<sup>1</sup> Cfr. *Primer on Electronic Commerce*, cit., p. 39, que seguimos de perto.

fosse o sítio da rede de um concorrente, então os consumidores poderiam ser induzidos a ficar nesse sítio e utilizar o produto concorrente, apesar de já não estarem confundidos aquando da visualização desse sítio da rede<sup>1</sup>.

Todavia, mesmo colocando-se o problema no quadro do direito das marcas, tem-se considerado também que a utilização da marca de outrem como metadado poderá constituir uma utilização legítima (*fair use*). Assim será, por exemplo, se um revendedor utiliza a marca como metadado para indicar aos potenciais clientes que está a oferecer bens com aposição dessa marca.<sup>2</sup>

O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, quando a marca é utilizada como metadado de um sítio da rede de um concorrente que realiza publicidade comparativa em conformidade com a lei<sup>3</sup>.

Um outro problema resulta da venda de marcas como metadados. Com efeito, os sítios da rede que fornecem motores de pesquisa estão entre os sítios mais frequentados ou visitados da Internet. Nessa medida tornam-se especialmente atrativos para os anunciantes. Alguns destes motores de pesquisa vendem metadados aos anunciantes que querem apontar os seus produtos a um grupo particular de utilizadores da Internet. Disto resulta que sempre que uma palavra-chave é introduzida num motor de pesquisa um reclame (ou anúncio publicitário) aparece juntamente com quaisquer resultados de pesquisa<sup>4</sup>.

Esta prática foi posta em causa por titulares de marcas preocupados em que tais reclames pudessem afastar os clientes dos seus próprios sítios da rede, ou dos sítios da rede dos seus revendedores preferidos ou autorizados. Porém, o tratamento jurídico de tais casos nem sempre tem sido favorável às pretensões dos titulares de marcas<sup>5</sup>.

Além disso, considera-se que poderá existir utilização legítima (*fair use*) de um signo que seja protegido como marca, no quadro das exceções permitidas<sup>6</sup>. Tais exceções, que

---

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

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

<sup>3</sup> Vide art. 16.º do Código da Publicidade. Ver A. Côrte-Real Cruz, *O conteúdo e extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio*, in *Direito Industrial*, Vol. I, APDI, Almedina, Coimbra, 2001, p. 98-99. Sobre o problema da utilização de comparações na publicidade vide, por ex., o nosso *Publicidade Comparativa*, Coimbra, IJC, 1993, com mais referências.

<sup>4</sup> Por exemplo, quando os revendedores adquirem metadados de modo a que os seus reclames sejam dispostos sempre que pareça que produtos com aposição de uma determinada marca estejam a ser vendidos. Sobre esta nova forma de contratação publicitária vide, entre nós, J. Oliveira Ascensão, J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, cit., p. 217-8, com mais indicações.

<sup>5</sup> Neste sentido, *Playboy Enterprises Inc. v. Netscape Communications Corp.*, C.D. Calif., No. SA CV 99-320 AHS (Eex) (June 24, 1999), em que o tribunal recusou um procedimento cauteloso com o argumento de que a venda pelo réu dos termos “Playboy” e “Playmate” como termos de pesquisa apenas envolvia palavras comuns e não marcas.

<sup>6</sup> Nos termos do art. 17 do Acordo ADPIC, sob epígrafe exceções: “Os membros podem prever exceções limitadas aos direitos conferidos por uma marca, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que essas exceções tenham em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros.”

valem de igual modo na Internet, abrangem a utilização leal e de boa fé de um signo protegido, ou seja, de uma maneira puramente descritiva ou informativa.

Isto significa que um tal uso não deverá ir além do que é necessário para identificar a pessoa, a entidade ou os bens ou serviços, e que nada é feito em conexão com o signo que possa sugerir patrocínio ou apoio do titular da marca. Outros exemplos de “uso autorizado aceitável” incluem a utilização num contexto não comercial ou o uso que é protegido pelo direito de livre expressão, tal como a crítica dos consumidores expressa em relação a uma determinada marca<sup>1</sup>.

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

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

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

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

Porém, entre nós, a doutrina sustenta que o direito de marca, mesmo em relação à marca de grande prestígio que rompe com o princípio da especialidade, “continua a dar apenas um direito exclusivo: assinalar produtos ou serviços. Não impede que a marca

---

<sup>1</sup> Cfr. *Primer on Electronic Commerce, cit.*, p. 40, com referência, *inter alia*, à decisão *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, C.D. Cal., No. CV 98-1278 DDP (MANx), (December 21, 1998).

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

seja usada para qualquer outro fim”<sup>1</sup>. Assim, parece que, segundo esta orientação, a exclusividade do uso publicitário do signo, que integra o conteúdo positivo do direito de marca, seria restrita à utilização em mensagens publicitárias do signo que se traduzisse em assinalar, nessas mensagens, produtos ou serviços; as demais utilizações dos signos protegidos como marcas em mensagens de natureza promocional não seriam abrangidas pelo direito das marcas, constituindo, nessa medida, utilizações livres em face do direito das marcas.

Não aderimos, porém, sem reservas a esta interpretação. Com efeito, em tese geral, sustentamos que a proteção jurídica das marcas inclui a tutela da sua função atrativa ou publicitária<sup>2</sup>. Nessa medida, a utilização publicitária de signos protegidos como marcas será reservada, em princípio, ao respetivo titular de direitos. Pelo que, a utilização como metadados de signos protegidos como marca que consubstancie uma utilização publicitária desses signos estará sujeita, em princípio, a autorização do titular de direitos. Admitimos, por outras palavras, que a utilização de marcas como metadados possa constituir um problema de violação do direito de marcas, em especial se se tratar de uma utilização publicitária dos signos reservados.

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

Por outro lado, dever-se-á considerar também a regra do esgotamento prevista no art. 208.º: “os direitos conferidos pelo registo da marca não permitem ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, exceto se existirem motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado”. Nesse sentido, o revendedor de bens comercializados na Comunidade poderia utilizar a marca desses produtos como metadados do seu sítio da rede, de modo a que os eventuais interessados nesses produtos pudessem localizar aquele revendedor através de motores de pesquisa na Internet orientados por tal marca como metadado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags, cit.*, p. 215.

<sup>2</sup> Defendendo a existência de “tutela direta e autónoma” desta função no regime da marca de grande prestígio (art. 191), *vide* J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 341.

<sup>3</sup> Porém, “se se provar que, tendo em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, o uso da marca na publicidade do revendedor afeta seriamente a reputação da marca”, o titular da marca poderá

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

Quer a utilização da marca como metadado viole ou não o direito de marca, será de considerar, em qualquer caso, o regime da concorrência desleal. Com efeito, a internet é um palco de concorrência e onde há concorrência podem ocorrer atos de concorrência desleal, não sendo o comércio eletrónico exceção. Durante algum tempo, este novo canal de comércio foi visto como um “wild west”<sup>1</sup>, mas o comércio eletrónico só poderá realizar o seu potencial se for previsto algum âmbito de proteção e recurso contra atos de concorrência desleal.<sup>2</sup>

A proteção contra a concorrência desleal é autónoma e complementar da proteção dos direitos de propriedade intelectual, cobrindo um amplo conjunto de assuntos relevantes para o comércio eletrónico e fornecendo um quadro jurídico para todas as formas de marketing. O comércio eletrónico ainda não foi sujeito a regulamentações específicas relacionadas com as matérias da concorrência desleal. Não obstante, enquanto parte mais flexível do direito da propriedade industrial, o direito da concorrência desleal pode oferecer soluções para os novos problemas que se colocam no comércio eletrónico, como sejam a utilização e a venda de marcas como metadados. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as novas *práticas interativas de marketing* (utilização de incentivos, tais

---

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

<sup>1</sup> Cfr. *Primer on Electronic Commerce*, cit., p. 40.

<sup>2</sup> Ao nível do direito internacional, o art. 10bis da Convenção de Paris dispõe que os Estados que são Partes do Tratado devem prever proteção efetiva contra a concorrência desleal, abrangendo qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos da atividade industrial e comercial e, em especial, “todos os atos que pela sua natureza criem confusão por quaisquer meios seja com o estabelecimento, os bens ou as atividades industriais ou comerciais de um concorrente”. Por seu turno, o art. 39 do Acordo ADPIC consagra a obrigação de prever a proteção contra a concorrência desleal de acordo com aquela norma, em termos de abranger também a proteção dos segredos comerciais ou informação não divulgada. Porém, apesar de o art. 10bis da Convenção de Paris e o art. 39 do Acordo ADPIC darem alguma orientação no que respeita às regras internacionalmente aplicáveis para a proteção contra a concorrência desleal, ficam excluídas muitas áreas que são reguladas de modo diferente em vários sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, a publicidade comparativa e os esquemas de bónus e desconto), levantando-se dificuldades à definição de estratégias uniformes no comércio eletrónico à escala global em virtude do mosaico de leis nacionais.

como lotarias, ofertas gratuitas, e práticas agressivas como a publicidade comparativa e correio eletrônico não solicitado ou «*spamming*»). Para saber se estas práticas interativas de *marketing* poderão ser consideradas como atos de concorrência dever-se-á atender à natureza específica do meio em consideração, sendo questionável se a interatividade natural do meio não justificará a aplicação de padrões mais estreitos em termos de honestidade das práticas do comércio. Além do mais, num meio interativo como a Internet, a salvaguarda da transparência e da privacidade é de especial importância, podendo o direito da concorrência desleal ter que prever regras exigindo uma distinção clara entre texto informativo e publicidade e protegendo os consumidores contra a recolha não autorizada de dados para fins comerciais e o entulhamento dos utilizadores com publicidade não solicitada («*spamming*»).<sup>1</sup>

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

Face ao nosso direito positivo, parece que certas práticas interativas de *marketing*, como a utilização e a venda de marcas como metadados, poderão constituir atos de concorrência desleal. De resto, algumas destas práticas de marketing são claramente assimiláveis aos exemplos que ilustram a violação dos bons costumes da concorrência, pelo que se antecipa um papel importante do regime da concorrência desleal no domínio específico dos «*meta-tags*».<sup>2</sup>

## Conclusão

<sup>1</sup> Cfr. *Primer on Electronic Commerce*, cit, p. 41. Acrescentando-se, ainda, que o comércio eletrônico põe em confronto os padrões nacionais e os padrões internacionais de práticas de marketing desleais. Por exemplo, saber se uma determinada declaração é enganosa será usualmente determinado em função do público para ao qual é dirigida. Porém, as práticas de marketing no comércio eletrônico são frequentemente dirigidas ao público em mais do que um país, em termos de que o que pode ser mal-entendido num país pode ser perfeitamente claro noutra. Nestas situações seria importante clarificar se o *marketing* no comércio eletrônico deveria ter em conta o nível de conhecimento e de entendimento da audiência em todos os países em que a mensagem pode ser recebida (ou pelo menos em todos os países previsivelmente afetados por ele,) ou se deveria ser suficiente para um anunciante mostrar que uma declaração não era capaz de ser mal-entendida no país de origem («*home country*»).

<sup>2</sup> Como referimos *supra*, a ilicitude da concorrência desleal é reafirmada no art. 320.º na proposta de alteração ao CPI, em termos semelhantes à cláusula geral do Código atual (embora deixe de constituir ilícito criminal, passando a ser apenas um ilícito contraordenacional - cfr. arts. 324.º a 333.º e art. 334.º), sendo ilustrada mediante um catálogo de exemplos de atos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, acrescentando-se “económica”. Como exemplos de atos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica são previstos a confundibilidade e o parasitismo concorrenciais, a falsidade depreciativa e promocional, e a ocultação de sinais distintivos do produto pelo intermediário; além disso, dois exemplos de atos são suprimidos, como sejam os reclamos dolosos e a apropriação, utilização ou divulgação de segredos de comércio e indústria de outrem, embora seja autonomizada a proteção dos segredos de empresa no art. 321.º, sob epígrafe “proteção de informações não divulgadas”, procurando receber-se desse modo o regime previsto para os segredos no acordo internacional ADPIC (1994).



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

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

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

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

Relativamente à segunda dimensão, vimos que os instrumentos de busca de informação na Internet levantam problemas enquanto possíveis meios de violação de direitos exclusivos. Para começar, os motores de pesquisa afetam o direito de reprodução nos direitos de autor. Neste contexto, apontámos o silêncio eloquente dos Tratados da OMPI em face do potencial paralisante de um direito de reprodução amplamente definido, bem como o reconhecimento, por esses instrumentos internacionais, da necessidade de novas exceções adequadas ao ambiente digital. Depois, vimos que a Diretiva sobre o direito de autor na sociedade da informação, embora defina o direito de reprodução em termos amplos, exclui negativamente do seu âmbito os atos de reprodução temporária, isto é, os atos transitórios e episódicos que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não

tenham, em si, significado económico. Neste sentido, o preâmbulo esclarece expressamente que, em tais circunstâncias, são abrangidos os atos que possibilitam a navegação («*browsing*») e os atos de armazenagem temporária («*caching*»).

A este propósito, assinalámos a insuficiência regulamentar do Código do Direito de Autor, apelando no sentido da sua clarificação interpretativa segundo as diretivas comunitárias. Em especial, considerámos que o fornecimento de motores de pesquisa é um dos exemplos da atividade de prestação de serviços da sociedade da informação, cuja responsabilidade é regulada na Diretiva sobre o comércio eletrónico. Porém, esta diretiva, ao contrário da DMCA estadunidense (que prevê e regula uma exceção relativa aos utensílios de localização de informação) deixou esta matéria para uma eventual revisão futura dos seus termos. Constatámos que a Diretiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação terá introduzido já essa adaptação, ao nível dos direitos de autor, uma vez que exclui o «*browsing*» e, a nosso ver também, as hiperligações, quer sejam simples, profundas ou incorporantes, do direito de reprodução, segundo um princípio de liberdade dos atos de navegação<sup>1</sup> – à semelhança, aliás, da DMCA. De todo o modo, realçámos o papel da concorrência desleal para regular certas práticas de desonestidade mercantil no comércio eletrónico.

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

Finalmente, quanto aos metadados («*meta-tags*») trata-se de “etiquetas eletrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede, que permitem a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Em termos jurídicos, os metadados suscitam problemas específicos ao nível do direito de marcas e da concorrência desleal. De facto, na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. Um outro problema que se tem colocado neste domínio resulta da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da internet. Porém, em ambas as situações, é problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora nos inclinemos para o entendimento de que poder-se-á tratar de uma utilização publicitária de signos protegidos, reservada, nessa medida, ao respetivo titular de direitos, dentro dos limites da lei. Antecipa-se, de todo o modo, um papel importante para o instituto da concorrência desleal relativamente a estas práticas do comércio eletrónico.

---

<sup>1</sup> Concordamos assim com o “princípio da liberdade de estabelecimento de hipernexos”, José de Oliveira Ascensão, *A Liberdade de Referências em Linha e os Seus Limites*, Revista da Ordem dos Advogados, 2001, II, p. 503.

## A GLOBALIZAÇÃO, A OMC E O COMÉRCIO ELETRÓNICO \*

### Introdução

1. O crescimento exponencial da Internet trouxe consigo a nova *economia digital*, com a formação de um mercado eletrónico (ou virtual) e o aparecimento de «ciberempresas» de matriz *tecnológica*. Ao mesmo tempo, assistiu-se à migração das empresas tradicionais para o mercado eletrónico.<sup>1</sup>

Na base desta nova realidade encontram-se determinados imperativos tecnológicos, que permitem à rede eletrónica global o seu crescimento. Por um lado, o imperativo da *interoperabilidade* e da convergência tecnológica ao nível da informática, do audiovisual e das telecomunicações. Por outro lado, o imperativo da segurança técnica postulado pelas *tecnologias seguras*, nomeadamente as *assinaturas digitais e serviços de certificação* com função de autenticidade e integridade dos dados, e a *cifragem e os envelopes criptográficos* com função de confidencialidade dos dados<sup>2</sup>.

2. Em termos gerais, o comércio eletrónico traduz-se na negociação realizada por via eletrónica, isto é, através do processamento e transmissão eletrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem<sup>3</sup>. As *vantagens* do comércio eletrónico traduzem-se, fundamentalmente, no chamado *comércio sem papel* (*paper less trade*), no *just in time* e na possibilidade de *acesso rápido e atualizado* a diversas fontes de informação e de fornecimento de bens. Em vista das suas inegáveis vantagens, o comércio eletrónico abrange cada vez mais *atividades económicas*, como sejam, por exemplo, a venda em linha de mercadorias (1), os serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha (2) e os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico (3).

Podemos distinguir dois tipos de comércio eletrónico tendo em conta o critério dos sujeitos que o praticam e o critério do modo de cumprimento das transações. Atendendo

---

\* Temas de Integração 12 (2002: 131-15) e Revista Sequencia 45 (2002: 173-195).

<sup>1</sup> Cfr. o nosso *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 13 e 18 ss (com nota de atualização no site da editora).

<sup>2</sup> Sobre as questões tecnológicas *vide*, nomeadamente, *Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação - para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997; *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996; *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997; *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*; e o nosso *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Eletrónico na Internet*, <http://www.fd.unl.pt> - 1/1.

<sup>3</sup> O comércio eletrónico tem por base os chamados serviços da sociedade da informação, que a lei define como qualquer prestação de atividade à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração (cfr. Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, que transpõe para o direito interno a Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998). *Vide* o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, pp. 978 ss.

ao critério dos sujeitos, distingue-se entre o comércio eletrónico que se realiza apenas entre empresas ou entidades equiparadas (o chamado B2B) e o comércio eletrónico que é aberto ao público consumidor (o chamado B2C). Sendo que a vertente «B2C» tem crescido muito nos últimos anos, com a passagem do um tradicional EDI fechado ao novo comércio eletrónico em redes abertas, como a Internet.

Além disso, atendendo ao critério do modo de cumprimento das transações, distinguem-se duas modalidades principais no comércio eletrónico. Por um lado, o comércio eletrónico *direto*, que se traduz na encomenda, pagamento e entrega direta em linha de bens incorpóreos e serviços, como, por exemplo, a compra e venda em linha de programas de computador ou de conteúdos de diversão e de informação. Por outro lado, o comércio eletrónico *indireto*, que se traduz na encomenda eletrónica de bens que têm de ser entregados fisicamente por meio dos canais tradicionais, como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso.<sup>1</sup> Assim, o comércio eletrónico direto abrange as transações cujo objeto é suscetível de entrega eletrónica em linha, ao passo que o comércio eletrónico indireto corresponde às transações cujo objeto é um bem tangível ou está incorporado num suporte corpóreo (por exemplo, a distribuição de exemplares de programas de computador em suporte CD-ROM com encomenda e eventual pagamento em linha).

3. Em que medida tem o comércio eletrónico a ver com a globalização e qual é o papel da OMC na regulação do comércio eletrónico?

A Organização Mundial do Comércio (OMC) destina-se a organizar o comércio à escala mundial. A OMC é, ao mesmo tempo, uma causa e uma consequência da chamada globalização. *Causa*, porque a OMC ordena o comércio mundialmente, tornando possível a globalização das trocas comerciais. *Consequência*, porque a globalização das trocas comerciais exigiu a criação de uma instância que as organizasse. Por seu turno, o comércio eletrónico é, desde logo, comércio através das redes globais de comunicação, nomeadamente a Internet. Além disso, o comércio eletrónico tem dimensão mundial. Assim, o comércio eletrónico está sujeito à jurisdição da OMC porque é mundial e também é comércio.

A consideração do papel da OMC na regulação do comércio eletrónico será mais um exemplo da passagem de um estado de “anarquia em linha” para a um estado de ordenação jurídica de uma nova zona de soberania: o chamado «ciberespaço».<sup>2</sup> Com efeito, depois de ter sido alegada a obsolescência do Estado e a incompetência dos juristas e de os *tecnólogos* revolucionários terem autoproclamado a sua soberania no ciberespaço, assiste-se atualmente a um processo de intervenção reguladora de organizações de fonte estadual, que pretendem chamar o *tempo real* da Internet ao tempo administrativo e ao tempo judicial. Porém, são detetáveis alguns paradoxos neste processo de regulação, uma que se por um lado se apela à *autorregulação* e aos «ADRs» (veja-se, por exemplo, em matéria de nomes de domínio e de procedimentos

---

<sup>1</sup> Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final.

<sup>2</sup> Vide, desenvolvidamente, o nosso *A Jurisdição na Internet segundo do Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, LXXVII, 2001.

de arbitragem da WIPO), ao mesmo tempo, por outro lado, é visível um movimento de neocriminalização, com destaque para a recente Convenção sobre o *cibercrime*. Além disso, é questionável se a globalização não significa, em matéria de comércio eletrônico, a afirmação de novas soberanias, públicas e privadas, como é o caso da intervenção reguladora da União Europeia em matéria da sociedade da informação e da regulação dos nomes de domínio pela ICANN.

Sem pretender evitar estas questões, vamos considerar o papel da OMC na regulação do comércio eletrônico. Com efeito, sendo comércio à escala mundial, o comércio eletrônico cai sob a jurisdição da OMC, a qual pode controlar as leis nacionais em diversos domínios. Destacaremos dois aspetos deveras importantes no domínio do comércio eletrônico, quer direto ou indireto, quer entre empresas ou com consumidores, que são a *propriedade intelectual* e o *marketing*. Estes aspetos jurídicos do comércio eletrônico permitir-nos-ão, além do mais, compreender o mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet, com a passagem das taxas públicas às rendas privadas e a subtileza do neoprotecionismo a propósito da proteção do consumidor (... incluindo o investidor) e da proteção da saúde pública na comercialização de medicamentos na Internet.

## II. O mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet

1. Em anexo ao acordo do GATT encontra-se um outro acordo, que diz respeito aos *aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS)*<sup>1</sup>. Nos termos deste acordo, os Estados Contratantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de autor, patentes, marcas e outros direitos de propriedade industrial. A observância desses padrões de proteção da

---

<sup>1</sup> Acordo sobre Aspetos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou “TRIPS”), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do “Uruguay Round” do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Sobre este Acordo *vide*, nomeadamente, Bercovitz, Alberto [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; Bercovitz, Alberto, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, p. 877; Reinbothe, Jörg, *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs*, GRUR Int. 1992, p. 707; Idem, *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Hilf, Meinhard / Oehler, Wolfgang (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 149; Worthy, John, *Intellectual Property After GATT*, EIPR 1994, p. 195; Correa, Carlos M., *TRIPS Agreement: Copyright and Related Rights*, IIC 1994, p. 543; Ricketson, Sam, *The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights*, IIC 1995, p. 872; Katzenberger, Paul, *TRIPS und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, p. 447; Dreier, Thomas, *TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, p. 205; Lehmann, Michael, *TRIPS/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, p. 2; Lewinski, Silke von, *Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts*, GRUR Int. 1996, p. 630; Gómez Segade, José António, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Studia Iuridica 48, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 7; Geller, Paul Edward, *Can the GATT Incorporate Berne Whole*, EIPR 1990, p. 423; Drexler, Josef, *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt*, München: Beck, 1990.

propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC, que assim pode *controlar* as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.<sup>1</sup>

De um modo geral, o Acordo ADPIC estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º) e define como objetivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º). Para além disso, estabelece certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual, começando pelo direito de autor e direitos conexos.<sup>2</sup>

Ora, a instituição global de um sistema apertado de direitos de propriedade intelectual é feita no contexto de um acordo sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. Significará isto a substituição dos impostos do Estado pelas *royalties* das grandes empresas privadas, ficando ainda por cima o Estado onerado com os custos administrativos de fiscalização e punição das infrações?<sup>3</sup>

O Acordo ADPIC não contempla expressamente as exigências do moderno comércio eletrónico, uma vez que se trata de um acordo pré revolução Internet. Todavia, não deixa de conter normas que regulam aspetos nucleares do comércio eletrónico. Por exemplo, é prevista a proteção do *software* (programas de computador) e das bases de dados pelo *copyright* (art. 10.º), sendo estes bens essenciais no domínio da comercialização eletrónica.

Por outro lado, a Internet é também utilizada para comercializar livros eletrónicos, música, filmes, para além dos programas de computador e das bases de dados. Ora, o Acordo ADPIC da OMC obriga os legisladores nacionais a preverem medidas que protejam os interesses dos autores, dos editores, dos produtores e de outros titulares de direitos, ao mesmo tempo que o GATT aponta no sentido da tendencial redução das taxas aduaneiras relativamente ao comércio internacional destes bens.

---

<sup>1</sup> Nos termos do art. 1.º, 2, Acordo ADPIC, os direitos de propriedade intelectual abrangem o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores (“configurações de circuitos integrados”) e o saber-fazer (“informações não divulgadas”).

<sup>2</sup> Em matéria de direitos de autor, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Ato de Paris 1971), dispõe que eles “não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo artigo 6.º *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes” (art. 9.º, 1). Além disso, o Acordo ADPIC declara o princípio de que a proteção do direito de autor abrange as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tais (art. 9.º, 2), consagrando, depois, a proteção dos programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objeto, pelo direito de autor enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (art. 10.º, 1), e estabelecendo que as compilações de dados ou de outros elementos, quer sejam fixadas num suporte legível por máquina ou sob qualquer outra forma, que constituam criações intelectuais, em virtude da seleção ou da disposição dos respetivos elementos constitutivos, serão protegidas enquanto tal, excetuando-se os próprios dados ou elementos, e não se prejudicando os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos (art. 10.º, 2).

<sup>3</sup> Com efeito, uma das partes do ADPIC consideradas mais importantes é a que contém normas sobre aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual (parte III, arts. 41.º ss).

1.1. Ora, um aspeto que interessa considerar diz respeito ao chamado *esgotamento internacional* de direitos, em especial do direito de *distribuição*. O Acordo ADPIC não cuida desta matéria e consagra, aliás, uma norma nos termos da qual “nenhuma disposição do presente acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual” (art. 6.º).

O direito de distribuição permite ao titular de direitos controlar, desde logo, a *primeira venda* de um objeto protegido no mercado de um determinado Estado. Tendo em conta o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, isto significa que o titular de direitos pode controlar as *importações paralelas*, fragmentando os mercados e praticando os preços de primeira venda em cada mercado nacional que mais lhe convierem.

No direito europeu formou-se o princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único<sup>1</sup>. Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-Membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito. Todavia, no domínio do comércio eletrónico direto esse princípio não se aplica, uma vez que se entende que se trata de uma atividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação).<sup>2</sup>

Assim, a inexistência de um princípio de esgotamento internacional (e até comunitário no domínio do comércio eletrónico direto) significa que os titulares de direitos poderão controlar as importações entre os Estados, exercendo o seu exclusivo no território de cada um deles. Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual conferem um privilégio comercial muito significativo aos titulares de direitos, privilégio esse que se traduz numa barreira ao livre comércio. Ou, por outras palavras, ao mesmo tempo que as taxas aduaneiras dos Estados têm que ser reduzidas ou eliminadas, os direitos de propriedade intelectual das empresas privadas terão que ser observados à escala global.

1.2., mas, para além disso, deve destacar-se que o Acordo ADPIC limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e exceções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-Membros à regra dos *três passos*, nos termos da qual as exceções aos direitos exclusivos serão restritas a *casos*

---

<sup>1</sup> Em matéria de direitos de autor, veja-se, por exemplo, a diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE), art. 4.º, 2.

<sup>2</sup> *Vide* cons. 18 da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno; art. 5.º-c, e cons. 33, da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados; cons. 19 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio eletrónico e fiscalidade indireta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respetivas declarações acordadas, WCT, dezembro de 1996. Para desenvolvimentos sobre esta questão *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 55, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 568 ss, com mais referências.

*especiais* que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2)<sup>1</sup>.

Assim, as leis nacionais dos Estados Contratantes estarão sujeitas ao controlo desta regra. Pelo que um Estado Contratante cujas indústrias do *copyright* se sintam prejudicadas pelas leis nacionais de outro Estado Contratante poderá solicitar à OMC o controlo de conformidade destas leis nacionais com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Em vista disto, antecipou-se um movimento forte de “caça às exceções”. A este propósito interessa referir que o novo Tratado da OMPI (1996) sobre direito de autor também consagra expressamente a regra dos três passos (art. 10.º). Este Tratado destina-se a atualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Ora, em matéria de exceções, pode ler-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e exceções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contraentes configurar novas exceções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas exceções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, no *direito comunitário*, a diretiva sobre aspetos do direito de autor na sociedade da informação<sup>2</sup> harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a proteção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e proteção. Este ato de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”<sup>3</sup>. Em matéria de exceções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na diretiva sobre comércio eletrónico<sup>4</sup>. Além disso, prevê um catálogo exaustivo de exceções e limitações, de adoção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da *regra dos três passos*, isto é, “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

---

<sup>1</sup> Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e exceções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6), sendo que o Tratado OMPI sobre direitos conexos consagra, também neste domínio, a referida regra dos três (art. 16.º).

<sup>2</sup> Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

<sup>3</sup> *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, p. 15-6.

<sup>4</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).



Mas isto parece ser uma *contradição*. Com efeito, as exceções previstas na diretiva não são elas mesmas permitidas pela regra dos três passos? Que significado tem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as exceções possíveis? Poderá funcionar ainda como um critério que vincula os atos de legislação nacional que transpõem a diretiva? Ou tratar-se-á antes de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas diretivas sobre os programas de computador<sup>1</sup> e sobre as bases de dados<sup>2</sup>?

Ora, a verdade é que a introdução de exceções legais aos direitos de autor está sujeita ao *controlo* da OMC, por força do Acordo ADPIC. Nesse sentido, as exceções previstas na diretiva estarão sujeitas ao controlo de conformidade com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Será que a diretiva comunitária viola o Acordo ADPIC? *Em última instância, parece caber à OMC dizer que exceções estarão em conformidade com a regra dos três passos.*

Isto significa, ainda, que as *exigências do comércio mundial* poder-se-ão sobrepor à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa e científica, instituindo exceções (art. 13.º). Historicamente, a lei dos direitos de autor prevê exceções ao exclusivo destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. Isto é, os direitos de autor comportam tradicionalmente exceções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação, nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas exceções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Além disso, os direitos de autor consagram exceções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.<sup>3</sup>

Ora, entre outros aspetos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor jogam um papel de extrema importância ao nível da formação de uma *opinião pública* crítica que é indispensável à existência de um genuíno diálogo democrático<sup>4</sup>. Além disso, os legisladores nacionais poderão querer utilizar as suas leis do direito de autor com vista à promoção da liberdade de navegação na Internet<sup>5</sup>, permitindo os atos de

<sup>1</sup> Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, art. 6.º, 3.

<sup>2</sup> Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, art. 6.º, 3.

<sup>3</sup> Cfr. o nosso *Internet, Direito Autor e Acesso Reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, FDUC, Coimbra 1999, pp. 268 ss.

<sup>4</sup> Refira-se que a diretiva comunitária, embora permita aos Estados-membros a adoção (e/ou a manutenção) deste tipo de exceções, também lhes permite, ao mesmo tempo, que não consagrem a licitude de atos de neutralização de sistemas técnicos de proteção das obras para os fins visados por essas exceções – além de que estende o regime de proteção destes sistemas ao direito especial do fabricante de bases de dados instituído pela Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, que em larga medida poderá “eclipsar” esses fins sociais do direito de autor. Sobre esta problemática *vide*, por exemplo, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV, 1999, pp. 475 ss.

<sup>5</sup> *Vide* o nosso *A Liberdade de Navegação na Internet*, Estudos de Direito da Comunicação, IJC, Coimbra, 2002.

reprodução meramente técnica, os atos de *descompilação* de *software* e regulando as proteções tecnológicas. Por um lado, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos atos de reprodução temporária<sup>1</sup>. Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes<sup>2</sup>. Um outro aspeto diz respeito à regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte eletrónico, bem como assim da proteção dos sistemas técnicos de proteção e identificação, que é indispensável para se impedir que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”, legitimando a chamada *eletrificação da rede*.<sup>3</sup>

Em face do direito comunitário, o *livre fluxo de informação* e a *liberdade de navegação* parecem já bastante comprometidas, uma vez que o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a proteção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protege e no seu recorte negativo não se contam exceções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da proteção do

---

<sup>1</sup> No direito comunitário, a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”), determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses atos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os atos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais atos. A Diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os atos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os atos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes (o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal).

<sup>2</sup> Neste sentido é de saudar a Lei Milénio Digital dos EUA que veio consagrar expressamente, em forma de lei, o *case law* deste país elaborado pela jurisprudência com base no princípio de *fair use*. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada na recente proposta de diretiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Vide o nosso *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, in Boletim da Faculdade de Direito, LXXVI, 2000, pp. 312 ss.

<sup>3</sup> Pense-se na importância de decidir que exceções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados) deverão justificar a licitude de atos de neutralização (e de atividades acessórias) de medidas tecnológicas de proteção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de proteção for ilícita então de nada valerão as exceções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas exceções para o ensino à distância. Vide o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath & Saunders (eds.), London, Kluwer, 2001, pp. 65 ss.

investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação<sup>1</sup>. Pelo que essa *lógica mercantilista* parece sobrepor-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.

Mas, poderão as exigências mundiais do comércio levar a que a regra dos três passos não permita sequer o já apertado espaço de interesse geral deixado aos Estados-Membros pelas diretivas comunitárias?

Com efeito, a filosofia do Acordo TRIPs/ADPIC parece, em larga medida, tratar os direitos de autor como uma *mera mercadoria de comércio*<sup>2</sup>, no que de resto não se afasta muito o legislador comunitário. Os direitos de autor parecem ser convertidos em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a *autoria*, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projeta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio., mas é significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral dos direitos de autor, bastando-se com o seu valor mercantil (art. 9.º, 1, 2.ª parte), segundo a mais estrita conceção do *copyright*. Com isso gera-se à escala mundial um direito de autor *imoral* ou *sem autor*.

A regra dos três passos em matéria de direitos de autor aplica-se, *mutatis mutandis*, em matéria de patentes, marcas e outros direitos de propriedade intelectual (arts. 17.º, 26.º, 2, 30.º ADPIC). Assim, por exemplo, em matéria de *marcas* dispõe-se que as exceções são permitidas, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que tenham em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros (art. 17). Isto levanta diversos problemas. Por exemplo, no direito comunitário a *utilização de marcas em publicidade comparativa* é admitida em determinadas condições restritas<sup>3</sup>., mas, poderá a OMC considerar que o regime da publicidade

---

<sup>1</sup> De resto, um outro direito de proteção dos agentes deste mercado foi instituído pela Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção jurídica dos serviços de acesso condicional.

<sup>2</sup> Esta orientação parece informar também a Convenção relativa ao Cibercrime, adotada pelo Conselho da Europa em 23 de novembro de 2001, em Budapeste (*vide* Art. 10 relativo às ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais).

<sup>3</sup> *Vide* Diretiva n.º 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa). Com efeito, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na diretiva, já que o objetivo consiste unicamente em acentuar objetivamente as respetivas diferenças (cons. 14, 15). Entre nós, a publicidade comparativa está regulada no art. 16.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, segundo a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que *inter alia* transpõe a diretiva sobre publicidade comparativa. *Vide* o nosso *Publicidade comparativa*, IJC, Coimbra, 1993.

comparativa previsto na diretiva não está em conformidade com a regra do Acordo ADPIC?

Ainda em matéria de marcas, uma questão que se coloca no domínio do comércio eletrónico resulta da utilização de marcas como metadados, incluindo a sua venda<sup>1</sup>. Os metadados («*meta-tags*») são “etiquetas eletrónicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede, que permitem a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. De igual modo, coloca-se a questão da licitude da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da Internet, de modo a que sempre que num motor de pesquisa se procure uma determinada palavra protegida como marca certos sites apareçam nos primeiros lugares dos resultados de pesquisa ou então uma janela para esses sites seja automaticamente aberta.

É problemático que tais usos sejam abrangidos pelo conteúdo do direito de marca definido no nosso Código da Propriedade Industrial, embora nos inclinemos para o entendimento de que se poderá tratar de uma utilização publicitária de signos protegidos, reservada, nessa medida, ao respetivo titular de direitos, dentro dos limites da lei. Suponha-se, todavia, que uma legislação nacional de um Membro do Acordo ADPIC vem considerar lícita a utilização de marcas como metadados de modo a promover a liberdade de navegação na Internet: poderá a OMC considerar essa legislação contrária ao regime das marcas definido pelo ADPIC?, mas, sendo assim, não estará seriamente comprometido o princípio da territorialidade que tradicionalmente informa estes direitos de propriedade intelectual e não se estará a permitir injunções com efeito global, que proibem a utilização de marcas como metadados mesmo em países nos quais as marcas não são protegidas?

Um outro exemplo sobre o efeito globalizante do Acordo ADPIC pode colher-se no *direito de patente*. Este Acordo parece consagrar uma ampla noção de objeto patenteável, abrangendo as invenções não apenas de produtos, mas também de processos (art. 27.º, 1). Ora, uma questão muito debatida no espaço europeu prende-se com a patenteabilidade de processos e métodos funcionais de escrita de programas de computador (os algoritmos e outros elementos do código genético do *software*), tendo em conta o valor económico destas *informações tecnológicas*. Com efeito, a Convenção de Munique sobre a Patente Europeia exclui dos objetos de patente os programas de computador, enquanto tais., mas, estará em conformidade com o Acordo ADPIC uma legislação que não permita a emissão de patentes para códigos de programação informática ao abrigo da referida Convenção de Munique? A questão é, de facto, muito atual, tanto mais que nos EUA se tem assistido a um crescente recurso à via da patente para proteger o *software* (incluindo os métodos de negociação na Internet), depois de a jurisprudência deste país ter deixado a descoberto a «espinha dorsal» dos programas

---

<sup>1</sup> Vide o nosso *Meta-tags, marca e concorrência desleal*, Direito Industrial, III, APDI, Almedina.

aplicando-lhes critérios idênticos aos utilizados para as obras literárias ao nível da dicotomia ideia funcional / forma de expressão e julgando lícitas ao abrigo do *fair use* as práticas de engenharia regressiva para fins de interoperabilidade informática, à semelhança do previsto na diretiva comunitária sobre a proteção dos programas de computador.<sup>1</sup>

2. O GATT é animado pela filosofia do comércio livre à escala mundial. Nesse sentido, aponta no sentido da redução ou eliminação das taxas aduaneiras, de modo a que não existam fronteiras para o livre comércio. Vimos já que, ao mesmo tempo, instituiu um sistema global de propriedade intelectual, nos termos do qual essas barreiras são reerguidas ainda que agora em benefício direto de outros agentes, que não propriamente os Estados.

Todavia, podemos identificar novas formas de protecionismo, ainda que subtil. Pensamos nomeadamente na proteção do consumidor e da saúde pública. Estas medidas produzem efeitos significativos em matéria de comércio eletrónico, ao menos em termos de blocos regionais. Seguidamente apontam-se alguns exemplos da *subtileza do neo-protecionismo*.

2.1. Para começar, *a propósito da proteção do consumidor* (... incluindo o investidor) instituiu-se um sistema regulador com efeitos protecionistas, em especial no domínio do comércio eletrónico<sup>2</sup>. Com efeito, o direito comunitário tem sido animado pela cruzada da defesa do consumidor. Este propósito tem legitimado a intervenção do legislador comunitário, através da adoção de medidas de harmonização, as quais prosseguem um elevado nível de proteção, não obstante serem muitas vezes medidas de harmonização mínima deixando aos Estados-Membros a possibilidade de praticarem padrões normativos de proteção dos consumidores ainda *mais elevados*.

Exemplos desta política comunitária de proteção do consumidor, que todavia tem manifesto relevo mercantil (e por isso a sua adoção se justificou), são nomeadamente a diretiva sobre *cláusulas abusivas*<sup>3</sup> e a diretiva sobre *contratos à distância*<sup>4</sup>. Ambas têm manifesto interesse no domínio do comércio eletrónico com consumidores, consagrando normas imperativas de proteção. Em especial, a diretiva sobre contratos à distância confere ao consumidor um prazo mínimo de sete dias úteis para “rescindir” o contrato celebrado, por exemplo, pela Internet (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta diretiva<sup>5</sup>, alargou o prazo mínimo para 14 dias.

Só por si, esta regra poderia levar muitas empresas a ponderar os custos de comercializar eletronicamente bens junto dos consumidores europeus, uma vez que

---

<sup>1</sup> Vide, desenvolvidamente, o nosso *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, Direito Industrial, I, APDI, Coimbra, 2001, pp. 387 ss.

<sup>2</sup> Vide o nosso *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in Estudos de Direito do Consumidor, II, Centro de Direito do Consumo - FDUC, Coimbra, 2000, pp. 43 ss.

<sup>3</sup> Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

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

<sup>5</sup> Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril.

correm o risco de ver as encomendas desfeitas pelo consumidor no referido prazo, sem necessidade de justificação. Acresce que, para além de outras normas substantivas de proteção do consumidor previstas nomeadamente na diretiva sobre comércio eletrónico<sup>1</sup>, o Regulamento 44/2001<sup>2</sup> vem estabelecer a *competência judiciária dos tribunais dos países do domicílio dos consumidores* (art. 16.º), além de que a Convenção de Roma<sup>3</sup> prevê a possibilidade de *aplicação da lei do seu domicílio* (art. 5.º), a qual deverá respeitar os mínimos da diretiva sobre contratos à distância. Estas regras são adotadas em nome do *princípio da proteção da parte mais fraca*, que justifica desvios ao sacrossanto princípio da liberdade contratual, constituindo parte essencial do acervo contratual comunitário.<sup>4</sup>

Isto significa que quem pretender fazer comércio eletrónico com consumidores europeus vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as ordens jurídicas do domicílio dos consumidores, para além de ter que cumprir as normas de proteção dos consumidores, como a referida regra de possibilidade de rescisão dos contratos. Pelo que a política comunitária de proteção do consumidor acaba por ter um efeito protecionista, ainda que subtil, surgindo como um *obstáculo* ao livre comércio.

2.2. Depois, a propósito da proteção da *saúde pública*, a regulação de certas atividades também produz efeitos protecionistas, que se sentem especialmente no domínio do comércio eletrónico. Um exemplo desta política de proteção da saúde pública com efeitos restritivos é o regime da comercialização de medicamentos, em especial pela Internet.<sup>5</sup>

Com efeito, o regime de compra e venda de medicamentos pela Internet parece ser bastante restritivo, sobretudo nas relações com consumidores. Efetivamente, no que respeita às relações com o público utente (B2C) o *distribuidor por grosso* de medicamentos de uso humano não pode vender diretamente ao público, uma vez que *só o pode fazer a farmácias* ou a outros estabelecimentos de distribuição por grosso de medicamentos de uso humano, segundo o regime jurídico da distribuição por grosso de medicamentos de uso humano<sup>6</sup> (art. 12.º, 1-e). Além disso, segundo o Estatuto do

<sup>1</sup> Vide arts. 10.º e 11.º relativos às informações a prestar e à ordem de encomenda, respetivamente.

<sup>2</sup> Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

<sup>3</sup> Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de maio de 1992.

<sup>4</sup> Vide o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, Estudos de Direito do Consumidor, III, Centro de Direito do Consumo - FDUC, Coimbra, 2001, pp. 281 ss.

<sup>5</sup> Para desenvolvimentos vide o nosso *Farmácia eletrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet*, in Textos de apoio ao 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

<sup>6</sup> Decreto-Lei n.º 135/95, de 9 de junho, transpõe a Diretiva 92/25/CEE do Conselho, de 31 de março de 1992. O regime jurídico do exercício farmacêutico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968, estabelecia já antes que os laboratórios de produtos farmacêuticos e todos os estabelecimentos que se dediquem ao comércio por grosso de medicamentos e de substâncias medicamentosas não podem vender esses produtos diretamente ao público (art. 103.º).

Medicamento<sup>1</sup>, os fabricantes, importadores e grossistas só podem vender medicamentos diretamente às farmácias (art. 62.º). Ora, se estes agentes não podem vender medicamentos ao público pelas vias tradicionais, então *por maioria de razão* também não podem fazer pela Internet.

Mas, afinal, quem pode vender diretamente medicamentos ao público? A esta questão responde o regime jurídico do exercício farmacêutico<sup>2</sup>, nos termos do qual só os farmacêuticos podem distribuir medicamentos ao público (art. 1, 1). E parece que os farmacêuticos não podem vender medicamentos pela Internet, uma vez que a lei do exercício farmacêutico estatui que o aviamento de receitas e a venda ou entrega de medicamentos ou substâncias medicamentosas ao público são atos a exercer exclusivamente nas farmácias pelos farmacêuticos ou pelos seus diretos colaboradores (art. 29.º, 1), uma vez que os sites da Internet parecem ser estranhos ao *conceito normativo de farmácia*, que se afigura dificilmente coadunável com um sistema de acesso universal às farmácias, em que cada site da Internet pode ser acedido por qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. Com efeito, parece a lei exigir a *presença física simultânea das partes* no ato de compra e venda ao público de medicamentos para uso humano, não se distinguindo os medicamentos de venda livre dos que carecem de receita médica.<sup>3</sup> *Esta proibição de venda de medicamentos ao público pela Internet vale não apenas para as farmácias portuguesas, mas também para as farmácias estrangeiras que operam na Internet.*

Isto não significa que o farmacêutico não possa ter um site *passivo*, isto é, um site que contém apenas informação sobre a farmácia e os respetivos produtos. A questão coloca-se sobretudo no que toca a saber se a página é *publicidade* ou se pode conter publicidade. Com efeito, o art. 106.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos<sup>4</sup>, dispõe que é proibida a publicidade, por qualquer meio, da atividade profissional. A nosso ver, esta norma não proíbe um site passivo, meramente informativos, uma vez que um tal site deverá ser equiparado às *indicações inerentes ao exercício profissional*,

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/91, de 8 de fevereiro, com alterações posteriores

<sup>2</sup> Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968.

<sup>3</sup> Apesar disto, talvez fosse interessante, numa primeira fase, alargar a experiência da Pharma 24 aos meios eletrónicos e interativos, acautelados todos os interesses envolvidos. Por exemplo, no que respeita à proteção dos dados pessoais. Por dados pessoais entende-se qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. Cfr. Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados). Veja-se, também, o regime do tratamento dos dados pessoais e da proteção da privacidade no setor das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de outubro, que transpõe a Diretiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997). Refira-se, ainda, a Decisão da Comissão de 26 de julho de 2000 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de "porto seguro" e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América. No plano internacional pode ver-se, nomeadamente, a *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.

<sup>4</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro.

nomeadamente letrados, impressos e outros documentos, os quais devem ser redigidos de forma a não afetar a dignidade profissional (art. 106.º, 2, do Estatuto). De resto, a diretiva sobre comércio eletrónico<sup>1</sup> define, no art. 2.º, f), a publicidade ou *comunicação comercial* como todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato. Ora, a mesma norma desta diretiva dispõe expressamente que *não constituem comunicações comerciais*: as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico (1), e as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (2). A nosso ver, caem no âmbito negativo desta definição os *sites meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, isto é, os sites que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet.

Além disso, a diretiva sobre comércio eletrónico introduz novidades neste domínio, no sentido de permitir a *publicidade de profissões regulamentadas na Internet*. Com efeito, segundo o art. 8.º, cabe aos Estados-Membros assegurar que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão. Neste contexto, o n.º 2 prevê que as associações e organizações profissionais deverão ser incentivadas a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial. Em vista disto, parece que os sites ativos de farmacêuticos serão lícitos, podendo incluir mensagens de natureza promocional segundo os parâmetros a definir por códigos de conduta.<sup>2</sup>

### Conclusão

As novas possibilidades tecnológicas oferecidas pela chamada convergência multimédia (informática, audiovisual e telecomunicações), num quadro da interoperabilidade permitido pela tecnologia digital, tornaram possível a (r)evolução da Internet. Em poucos anos, os interesses comerciais dominaram a rede, não apenas através da criação de empresas tecnológicas, mas também na migração para o mercado digital das empresas eletrónicas. A Internet transformou-se, assim, na «praça global» do comércio eletrónico, direto ou indireto, B2B ou B2C.

---

<sup>1</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ("Diretiva sobre comércio eletrónico").

<sup>2</sup> O regime jurídico da publicidade de medicamentos para uso humano é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 100/94, de 19 de abril, alterado pelo DL 48/99, de 16 de fevereiro, transpondo a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março.



Por outro lado, a dimensão mundial do comércio eletrônico suscita questões delicadas ao nível da regulação da Internet. Paradoxalmente, ao mesmo tempo que se afirma um aparente estado de “anarquia em linha” é notória a afirmação de novas zonas de soberania, servindo de exemplo o regime dos nomes de domínio.

Para além disso, procurámos denunciar o mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo «globalitário») na Internet, através da análise da substituição das taxas públicas pelas rendas privadas no Acordo sobre aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS), em especial no que respeita ao direito de distribuição (e o não esgotamento dos direitos no comércio eletrônico) e às exceções aos direitos de propriedade intelectual (em que as exigências do comércio mundial parecem pautar a regra dos três passos). Vimos ainda que o mito do comércio livre depara com a subtilidade do neoproteccionismo, intervindo ora a propósito da proteção do consumidor (... incluindo o investidor) ora a propósito da proteção da saúde pública, tendo-nos servido de exemplo o caso da comercialização de medicamentos na Internet.

## NOMES DE DOMÍNIO .PT \*

### 1. Noção e governação dos nomes de domínio

Os nomes de domínio da Internet são, tecnicamente, endereços informáticos cuja função é identificar e localizar computadores na Internet. Para aceder um sítio web ou enviar correio eletrónico é necessário localizar o servidor que aloja o sítio ou a caixa de correio do destinatário. A informação de localização é facultada pelo computador servidor de nomes, convertendo o nome indicado pelo computador de origem num endereço IP (Protocolo de Internet). O nome de domínio surge assim como a conversão alfanumérica de um número (endereço IP), facilitando significativamente a sua memorização. Existem nomes de domínio de topo genéricos (gTLD), tais como: .com, .org., .int. E nomes de domínio de topo nacionais (ccTLD): eg. .fr, .de, .uk. O nome de domínio de topo atribuído a Portugal é o ccTLD .pt, que conta com cerca de 540 000 registos, 95% dos quais ativos<sup>1</sup>.

A gestão dos gTLD é efetuada pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) ou, por sua delegação, por entidades de registo independentes. A gestão dos ccTLD é atribuída a entidades de registo que operam a nível nacional. A gestão dos nomes de domínio de .pt foi atribuída primeiro à Fundação para a Computação Científica Nacional (FCCN), que aprovou em 2012 um novo regime dos nomes de domínio de .pt<sup>2</sup> em substituição do anterior de 2006<sup>3</sup>. A FCCN, instituição privada sem fins lucrativos, recebeu a responsabilidade da gestão, do registo e da manutenção de domínios de .pt por delegação efetuada pela IANA – *Internet Assigned Numbers Authority*, organização substituída pela ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, que controla os servidores de raiz e a governação global da Internet<sup>4</sup>.

Pese embora o estatuto de utilidade pública da FCCN, o Estado Português só interveio nesta matéria através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, de 5 de maio, consagrando “uma solução de ‘administrativização’ do conflito entre a FCCN e o seu público”, considerada “como a manifestação de um indício de apropriação estadual da tarefa”, e fornecendo “indícios normativos de que a gestão nacional do domínio de topo .pt é uma *tarefa pública executada pela FCCN*”, cuja atuação deveria por isso regular-se “pelos princípios e pelas regras do direito administrativo geral”<sup>5</sup>.

\* Revista de Direito Intelectual 2015, N.º 1, p. 145-164.

<sup>1</sup> Fonte: [www.dns.pt](http://www.dns.pt).

<sup>2</sup> Regulamento de Registo de Nomes de Domínio de .pt, Depósito Legal n.º 340473/12.

<sup>3</sup> Regras do Registo de Domínios .pt, Depósito Legal n.º 238/98/06.

<sup>4</sup> A. MICHAEL FROMKIN, “International and National Regulation of the Internet”, in E. J. Dommering & N. Van Eijk (eds.), *The Round Table Expert Group on Telecommunications Law: Conference Papers*, Amsterdam, IVIR – Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, 2005, pp. 243-278; ROLF H. WEBER & ROMANA WEBER, *Internet of Things. Legal Perspectives*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 72.

<sup>5</sup> PEDRO COSTA GONÇALVES, “Disciplina administrativa da Internet”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 234-235. Na União Europeia, foi aprovado o Regulamento (CE) n.º 733/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo .eu (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias* L 113/1, de 30 de abril de 2002), que subordina o regime jurídico deste novo domínio de topo a uma política de interesse público (artigo 5.º).

No essencial, a referida Resolução conferiu poderes ao Ministério da Ciência e Tecnologia para “dirimir, até à aprovação das medidas legais referidas, todas as divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos domínios ou subdomínios Internet específicos de Portugal”. Todavia, o Regulamento de 2006 suprimiu os poderes do Ministério da Ciência e Tecnologia e adotou uma política de resolução extrajudicial de litígios, estabelecendo que as partes envolvidas se comprometem a recorrer à arbitragem voluntária institucionalizada. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril, determinou a extinção da FCCN e atribuiu a gestão, registo e manutenção do domínio de topo nacional .pt a uma associação de direito privado (artigo 21.º)<sup>1</sup>.

No exercício das suas atribuições, a Associação DNS.PT aprovou, em 2014, o Regulamento de Registo de Nomes de Domínio de .PT atualmente em vigor<sup>2</sup>, que no essencial continua o regime de 2012, sem prejuízo de algumas alterações como o número mínimo de caracteres exigido, que passou de 3 para 2 a partir de 1 de novembro de 2014 (artigo 44.º).

## 2. O Regulamento DNS.PT

O Regulamento DNS.PT de 2012 implementou as melhores práticas internacionais, incluindo as recomendações da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com destaque para as limitações no que se refere aos nomes geográficos em .pt e o respeito por direitos adquiridos de forma a evitar o *registo especulativo e abusivo de nomes de domínios* sob .pt. O Regulamento atualmente em vigor, aprovado em 2014, continua este regime, proibindo os nomes que induzem em erro ou confusão sobre a sua titularidade, nomeadamente por coincidirem com marcas ou outros sinais notórios ou de prestígio pertencentes a outrem. Além disso, garante uma *política de resolução extrajudicial de conflitos* com recurso ao ARBITRARE – Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio e Firmas e Denominações, como Centro especializado com competência para a resolução de conflitos em matéria de nomes de domínio ([www.arbitrare.pt](http://www.arbitrare.pt)) e que foi constituído em 2008 como Centro de Arbitragem Institucionalizado com o alto patrocínio do Ministério da Justiça para resolução de Conflitos no âmbito da Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações<sup>3</sup>. O que, na prática, representará um exclusivo ou monopólio de jurisdição arbitral a favor deste Centro. Em caso de conflito sobre nomes de domínios, os titulares dos mesmos têm a possibilidade de se comprometer a recorrer à arbitragem voluntária institucionalizada<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta nova entidade, denominada Associação DNS.PT foi formalmente constituída no dia 9 de maio de 2013, exercendo desde 1 de junho de 2013 as competências anteriormente pertencentes à FCCN. Os associados fundadores da Associação DNS.PT são a Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), a Associação do Comércio Eletrónico e Publicidade Interativa (ACEPI), a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO) e um representante da IANA – Internet Assigned Numbers Authority como responsável pela delegação do ccTLD .pt.

<sup>2</sup> Depósito Legal n.º 376640/14.

<sup>3</sup> Despacho n.º 28519/2008, de 22 de outubro.

<sup>4</sup> Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. No pedido de registo de nome de domínio o requerente pode logo subscrever a convenção de arbitragem relativa à resolução de conflitos sobre nomes de domínio, designando para o efeito esse Centro de Arbitragem, seguindo o procedimento de arbitragem constante do

Dentro do nome de domínio de topo .pt existem atualmente 4 *subdomínios*: gov.pt, org.pt, edu.pt, com.pt. O processo de registo sob .gov.pt é efetuado junto do CEGER – Centro de Gestão da Rede Informática do Governo, conforme regulamento disponível em [www.ceger.gov.pt](http://www.ceger.gov.pt). Têm legitimidade para registar nomes de domínio sob .pt todas as pessoas singulares ou coletivas (artigo 10.º). Quanto a subdomínios, podem registar nomes de domínio: sob .org.pt as organizações sem fins lucrativos e as pessoas singulares (artigo 15.º); sob .edu.pt, os estabelecimentos de ensino público e os titulares de estabelecimentos de ensino privado ou cooperativo (artigo 17.º); sob .com.pt, todas as pessoas singulares e coletivas. O nome de domínio nas diversas hierarquias de .pt deve corresponder às normas de legitimidade e base de registo previstas no Regulamento relativamente a cada uma.

A obtenção do registo depende de aceitação prévia do regulamento DNS.PT, cujos preceitos parecem ser cláusulas contratuais gerais<sup>1</sup>, sendo a relação entre o registo e o titular do registo configurada em termos contratuais. Por exemplo, o Regulamento estabelece que a responsabilidade contratual da FCCN, designadamente a resultante de processos de alteração, expiração e remoção de domínios, é limitada aos casos em que se verifique dolo ou culpa grave (artigo 37.º, n.º 2).

### 3. Nomes de domínio e sinais distintivos (*cybersquatting*)

O registo de nomes de domínio coincidentes com os tradicionais sinais distintivos gerou conflitos que ficaram conhecidos por *cybersquatting*. Vigorava a máxima *first come first served*, e os conflitos aumentaram exponencialmente<sup>2</sup>. Ao ponto de a ICANN ter celebrado um protocolo com a OMPI de modo a criar um mecanismo alternativo de resolução de conflitos entre titulares de marcas protegidas e nomes de domínio de topo .com<sup>3</sup>. Este mecanismo (*Internet Domain Name Process*), para além de resolver situações concretas, gerou um conjunto de orientações que a ICANN passou a recomendar aos registos nacionais, conhecidas como *UDRP – Uniform Dispute Resolution Policy*<sup>4</sup>.

Tendo em conta as melhores práticas internacionais, em especial as recomendações formuladas pela OMPI, o novo regime dos nomes de domínio .pt – Regulamento DNS.PT – procura salvaguardar os direitos de terceiros sobre sinais distintivos, tais como firmas e marcas. Todavia, em relação à UDRP, existem algumas diferenças. Por um lado, esta última, enquanto mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, é de aceitação obrigatória aquando do registo de um nome de domínio de topo .com. Já no DNS.PT, o recurso à arbitragem é facultativo. Por outro lado, segundo a URDP, o autor deve ser titular de uma marca protegida e o réu titular de um nome de domínio; no

---

Regulamento do Centro de Arbitragem e da legislação em vigor sobre a matéria – *vide* Regulamento de Arbitragem, atualizado com as alterações regulamentares aprovadas em 13 de dezembro de 2010, 4 de julho de 2012 e 27 de março de 2014 – <https://www.arbitrare.pt/>.

<sup>1</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Nomes de domínio e marcas”, in *Sub Judice* 35 (2006), pp. 31-42, e *Direito Industrial*, vol. V, Coimbra, Almedina, 2008, p. 571.

<sup>2</sup> MIGUEL ALMEIDA ANDRADE, *Nomes de Domínio na Internet (A regulamentação dos nomes de domínio sob .pt)*, Centroatlantico.pt, Famalicão, 2004, p. 23; N. HÄRTING, *Internetrecht*, O. Schmidt, Köln, 1999, p. 144 (“Müllerprinzip”).

<sup>3</sup> <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>.

<sup>4</sup> <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/policy>.

DNS.PT qualquer parte interessada num nome ou sinal, ainda que não seja uma marca protegida, tem legitimidade para propor ação seja contra titular de nome de domínio conflituante seja contra o próprio registo.

O regime DNS.PT salvaguarda os direitos adquiridos de terceiros sobre sinais distintivos a vários níveis.

1.º – Proteção preventiva por via da proibição de nomes de domínio que correspondam a nomes que induzam em erro ou confusão sobre a sua titularidade, nomeadamente por coincidirem com marcas notórias ou de prestígio pertencentes a outrem [artigo 9.º, n.º 1, alínea c)].

2.º – O titular de um nome de domínio de .pt garante obrigatoriamente que o nome registado e a sua titularidade não colidem com direitos constituídos de terceiros (artigo 9.º, n.º 3)<sup>1</sup>.

3.º – Procedimento de monitorização e remoção imediata (artigo 22.º). O DNS.PT pode a todo o tempo remover um nome de domínio se constatar que alguma das condições de registo não foi preenchida (n.º 4); em caso de remoção, o domínio ficará disponível para registo pelos eventuais interessados (n.º 5).

4.º – A alteração da titularidade de um domínio depende de solicitação expressa do novo titular à FCCN, acompanhada dos documentos de suporte que legitimem essa transmissão, quando aplicável (artigo 30.º, n.º 3). Por exemplo, se o nome de domínio corresponde a firma ou marca registadas, deverá juntar-se documento de transmissão da marca ou da firma, autonomamente ou no âmbito de trespasse de estabelecimento comercial. De todo o modo, a titularidade de nome de domínio que seja objeto de processo arbitral pendente não pode ser alterada, mas, existindo decisão arbitral ou judicial nesse sentido, o DNS.PT procederá oficiosamente à alteração da titularidade de um domínio (artigo 30.º, n. 5 e 6).

5.º – Garantia de resolução extrajudicial de conflitos com recurso ao centro ARBITRARE.

6.º – Determinação de *critérios materiais* de apreciação. Nas *ações contra titular do registo de nome de domínio* objeto da arbitragem, a decisão arbitral pode ser a manutenção da situação inicial (1) ou a remoção e/ou transferência da titularidade do nome de domínio (2). São estabelecidos os seguintes critérios cumulativos de apreciação (artigo 40.º, n.º 2):

---

<sup>1</sup> Ver também o artigo 36.º, n.º 1, nos termos do qual o titular de um domínio assume total responsabilidade pela escolha do nome solicitado, devendo assegurar que o mesmo não contende, designadamente, com direitos de propriedade intelectual de outrem ou com quaisquer outros direitos ou interesses legítimos de terceiros. Com o registo do domínio o titular obriga-se à integral observância das regras previstas no regulamento DNS.PT e na legislação em vigor.

1) O nome de domínio ser coincidente, idêntico ou suscetível de gerar confusão com um nome ou designação protegida nos termos de disposição legal em vigor a favor do requerente do processo de arbitragem;

2) Registo de nome de domínio sem ter por base quaisquer direitos ou interesses legítimos anteriormente adquiridos pelo seu titular;

3) Registo ou utilização de má-fé do nome de domínio. Podem fazer prova da má-fé o facto de o nome de domínio ter sido registado ou adquirido tendo em vista a sua posterior venda ao requerente – *cybersquatting* (a); ter sido registado prioritariamente com o fim de perturbar as atividades profissionais do requerente (b); utilização intencional do nome de domínio para atrair os utilizadores da Internet, na busca de ganhos comerciais, para o sítio web do requerido (c); o nome de domínio ser composto por um ou mais nomes próprios ou pela combinação de um nome próprio com um apelido do requerente (d). Estes factos constitutivos da má-fé não são de verificação cumulativa<sup>1</sup>.

Nas ações propostas *contra* o Registo (Associação DNS.PT), a decisão arbitral pode consistir em obrigar o Registo a remover um nome de domínio indevidamente aceite (a) ou a aceitar o registo de um nome de domínio que tenha sido indevidamente recusado (b). Para o efeito, os árbitros devem proceder à avaliação e verificação do cumprimento das disposições legais e regulamentares sobre a composição de nomes de domínio, nomeadamente se existe violação das normas que proíbem que o nome de domínio sob .pt corresponda a palavras ou expressões contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (a), a qualquer nome de domínio de topo da Internet, existente ou em vias de criação (b), a um nome de âmbito geográfico e cuja titularidade não seja da autoridade administrativa competente para esse registo (c). A correspondência do nome de domínio com marcas notórias ou de prestígio não aparece aqui referida, mas deve entender-se que fica igualmente sujeita a apreciação por parte dos árbitros, uma vez que integra as regras imperativas de composição dos nomes de domínio [artigo 9.º, n.º 1, alínea c)]

---

<sup>1</sup> A este propósito, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), chamado a pronunciar-se sobre a interpretação dos artigos 21.º, n.º 3, e 21.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 874/2004 da Comissão, de 28 de abril de 2004, decidiu no acórdão *Internetportal GmbH*, de 3 de junho de 2010 (proc. C-569/08, ECLI:EU:C:2010:311), que a má-fé pode ser provada através de outras circunstâncias, para além das previstas no artigo 21.º, n.º 3, alíneas a)/e), que são semelhantes às previstas no Regulamento DNS.PT. Para saber se existe atuação de má-fé, o tribunal nacional deve ter em conta todos os fatores relevantes e específicos do caso concreto, e em particular as condições em que o registo da marca foi obtido e aquelas em que o nome de domínio de topo .eu foi registado. Relativamente às primeiras, cabe ao tribunal nacional apreciar em especial a intenção de não usar a marca no mercado para o qual a proteção foi requerida (a), a apresentação da marca (b), o facto de ter registado um grande número de outras marcas de comércio que correspondem a termos genéricos (c), ou o facto de ter registado a marca pouco antes do registo faseado do nome de domínio de topo .eu (d). No que respeita às segundas, o tribunal deve ter em consideração em especial a utilização abusiva de caracteres especiais ou sinais de pontuação, no sentido do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 874/2004 para efeitos de aplicação das regras de transcrição aí estabelecidas (a), o registo durante a primeira fase do registo estabelecida nesse regulamento com base em marca adquirida em circunstâncias tais como as do processo principal (b), e o facto de ter aplicado o registo a um grande número de nomes de domínio correspondendo a sinais genéricos (c). Estes critérios são elaborados por referência ao registo de nomes de domínio sob .eu, mas são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao registo abusivo de nomes de domínio sob .pt.

7.º – Possibilidade de requerer em procedimento arbitral a suspensão temporária do nome de domínio em conflito (artigo 39.º). Em caso de deferimento da providência cautelar de suspensão provisória do domínio, deve a mesma ser notificada ao DNS.PT, competindo-lhe suspender o nome de domínio, indicando as razões que fundamentam essa medida, até à decisão final do processo arbitral (n.º 2).

8.º – *Pending delete*. Suspensão oficiosa pelo DNS.PT por prática reiterada de registos especulativos e abusivos (artigo 35.º). Existe uma prática reiterada de registos especulativos e abusivos de nomes de domínio por parte de um titular quando em caso de açambarcamento de nomes de domínio ou se estes tiverem sido registados com o fim de perturbar a atividade de terceiros ou para atrair os utilizadores da Internet gerando neles erro ou confusão sobre a sua titularidade (n.º 2). Os domínios ficam suspensos pelo prazo máximo de 30 dias, nos quais os titulares de direitos anteriores poderão solicitar o seu registo, publicando o DNS.PT no seu sítio *www.dns.pt* a lista dos domínios suspensos neste âmbito (n.º 4). Findo esse prazo e no caso dos nomes de domínio não reclamados legitimamente, o DNS.PT reativará os mesmos em nome do titular inicial (n.º 5).

9.º – Período de *Sun Rise* (artigo 45.º). Por forma a permitir aos titulares de direitos anteriormente constituídos, nomeadamente organismos públicos, firmas e denominações sociais, marcas, nomes de estabelecimento, logotipos, direito de autor e nomes profissionais, literários ou artísticos, durante os primeiros 60 dias de vigência do Regulamento de 2012 (período de *Sun Rise*) só puderam ser registados diretamente sob .pt os nomes de domínio que coincidissem integralmente com o sinal constante do título que serve de base ao direito anterior (1), ou, no caso de designações de organismos públicos, e dos nomes e firmas de pessoas coletivas, com estes ou com as suas abreviaturas ou acrónimos desde que constantes do título que serve de base ao direito anterior (2). Para o efeito, a FCCN aplicou o procedimento de monitorização e suspensão imediata.

10.º – A transferência da titularidade do registo de nome de domínio depende de autorização do DNS.PT (artigo 30.º), devendo ser expressamente solicitada pelo novo titular juntando os documentos de suporte que legitimem essa transmissão, quando aplicável. Por exemplo, se o nome de domínio corresponde a firma ou a marca registada, é necessário juntar documento de transmissão da marca ou da firma. Quando autorizada, a alteração será efetuada pelo DNS.PT, que dará conhecimento ao anterior titular, devendo o nome de domínio continuar a obedecer às regras de composição do nome previstas para a hierarquia respetiva (n.º 4). O DNS.PT procederá, ainda, à alteração da titularidade de um domínio sempre que exista uma decisão arbitral ou judicial nesse sentido (n.º 6).

#### **4. Nome de domínio e âmbito de proteção das marcas e outros sinais distintivos**

O nome de domínio da Internet é funcionalmente equiparado aos sinais distintivos existentes e subordina-se à proteção legal de que estes beneficiam<sup>1</sup>. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, em acórdão de 26 de fevereiro de 2015, que “[o] nome de domínio (na Internet), à semelhança da marca ou da denominação social de uma sociedade comercial, assume uma função indutiva, comunicando informação e sugestões sobre um certo produto ou serviço, razão pela qual o uso de um domínio, corretamente atribuído do ponto de vista técnico, pode traduzir lesão da lei da propriedade industrial, nomeadamente no que tange às regras de proteção de marcas e da concorrência desleal”<sup>2</sup>.

Assim, ainda que tecnicamente o nome de domínio seja corretamente atribuído, daí não resulta a sua licitude face aos direitos privativos sobre bens intelectuais protegidos no nosso sistema jurídico<sup>3</sup>, em especial a tutela das marcas e da concorrência desleal. Nos termos do Código da Propriedade Industrial (CPI), o registo de uma marca confere ao seu titular o direito de propriedade e do uso exclusivo da marca para os produtos e serviços a que esta se destina (artigo 224.º, n.º 1). O registo da marca confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, *no exercício de atividades económicas*, qualquer sinal igual, ou semelhante, em *produtos ou serviços idênticos ou afins* daqueles para os quais a marca foi registada, e que, em consequência da semelhança entre os sinais e da afinidade dos produtos ou serviços, possa causar um risco de confusão, ou associação, no espírito do consumidor (artigo 258.º). Assim, o registo de marca atribui ao titular que dela faça uso sério (artigos 268.º e 269.º) o direito de impedir que terceiros, sem a sua autorização, utilizem como sinal distintivo sinal idêntico ou semelhante, em produtos ou serviços idênticos ou semelhantes, suscetível de gerar confusão, incluindo associação, entre os dois sinais.

Note-se, porém, que a proteção jurídica da marca só justificaria a proibição de registo de nome de domínio idêntico ou semelhante se este fosse utilizado como sinal distintivo de produtos ou serviços idênticos ou semelhantes, e se esse uso fosse suscetível de gerar confusão, incluindo o risco de associação, entre a marca e o nome de domínio. Ou seja, desde logo, o nome de domínio teria de ser utilizado como sinal distintivo de produtos

---

<sup>1</sup> Em Itália, o *Codice della proprietà industriale*, aprovado pelo decreto legislativo n. 30, de 10 de fevereiro de 2005, equipara os nomes de domínio aos outros sinais distintivos, estabelecendo no artigo 22, sob epígrafe “Unitarietà dei segni distintivi”, que: “1. È vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio aziendale un segno uguale o simile all'altrui marchio se, a causa dell'identità o dell'affinità tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. / 2. Il divieto di cui al comma 1 si estende all'adozione come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio aziendale di un segno uguale o simile ad un marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, che goda nello Stato di rinomanza se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi”.

<sup>2</sup> Proc. 1288/05.6TYLSB.L1.S1 (Fernanda Isabel Pereira), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3</sup> Na ordem jurídica portuguesa são objeto de proteção legal diversos sinais distintivos, como o nome civil das pessoas humanas (artigo 72.º do Código Civil), os nomes literários e artísticos e os títulos de obras literárias ou artísticas, incluindo publicações periódicas [artigos 28.º e 29.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)], as firmas de comerciantes em nome individual, associações, fundações, sociedades comerciais e outras pessoas coletivas [Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas (RNPC)]; as marcas, logótipos, denominações de origem e indicações geográficas (Código da Propriedade Industrial).



ou serviços. Um sítio web, identificado pelo nome de domínio, pode naturalmente ser considerado um serviço. Todavia, o nome de domínio só colidiria com a marca se se tratasse de serviço idêntico ou semelhante àquele para o qual a marca foi registada, em função do *princípio da especialidade*. Com efeito, “o conteúdo do direito à marca não se reconduz pois à tutela de um sinal abstratamente considerado, mas sim dum sinal em correlação com determinados produtos ou serviços concretos. Nisto consiste o chamado *princípio da especialidade da marca*”<sup>1</sup>. Como refere o STJ, “[s]endo a marca um sinal distintivo de mercadorias, produtos ou serviços, na sua designação ter-se-á que ter em conta que, no entendimento dos princípios da novidade e/ou da especialidade que a há de nortear, a sua composição não pode confundir-se com outra anteriormente adotada para o mesmo produto ou semelhante”<sup>2</sup>.

De igual modo, o âmbito de proteção das marcas notórias é delimitado pelo princípio da especialidade. A proteção das marcas notórias confere ao seu titular o direito de prioridade no registo, mas confinada a produtos ou serviços semelhantes<sup>3</sup>. Ainda assim poderia apelar-se ao instituto da concorrência desleal (artigo 317.º do CPI). Constitui concorrência desleal todo e qualquer *ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), ou as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (b)*. É motivo de recusa do registo de marca o reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal ou de que esta é possível independentemente da sua intenção<sup>4</sup>.

O âmbito de proteção da concorrência desleal é tradicionalmente confinado ao chamado *mercado relevante*, não conferindo por isso proteção absoluta por ser limitada aos concorrentes que operam nesse mercado, quer enquanto motivo de recusa de registo de marca, quer como fundamento de proibição de outros atos de uso económico da marca, tais como a utilização como nome de domínio de um sítio *web*. A concorrência desleal pressupõe a prática de atos de concorrência, a qual se afere por referência a um setor de atividade ou mercado relevante<sup>5</sup>. “O ato de concorrência desleal é, antes de mais, um ato de concorrência”, o que exige “proximidade” de atividades ou “setor de mercado”<sup>6</sup>. Como julgou o STJ em acórdão de 11 de fevereiro de 2003: “Para se poder

<sup>1</sup> ANTÓNIO CORTE-REAL CRUZ, “O conteúdo e extensão do direito à marca: a marca de grande prestígio”, in *Direito Industrial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 99. Ver também, nomeadamente, LUÍS COUTO GONÇALVES, *Função Distintiva da Marca*, Coimbra, Almedina, 1999, e *Direito de Marcas*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003; PEDRO SOUSA E SILVA, “O princípio da especialidade das marcas. A regra e a exceção”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 58 (1998), p. 377.

<sup>2</sup> Acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2015, proc. 1222/06.6TYLSB.L1.S1 (Silva Gonçalves), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3</sup> Artigo 241.º do CPI e artigo 6-bis da Convenção de Paris. Sobre o conceito de notoriedade veja-se o acórdão do TJUE *Nieto Nuño*, de 22 de novembro de 2007, proc. C-328/06, <http://curia.europa.eu/>

<sup>4</sup> Artigo 239.º, n.º 1, alínea e), do CPI. Trata-se, aliás, de solução que vale igualmente para os logótipos [artigo 304.º-I, n.º 1, alínea e)], as denominações de origem ou indicações geográficas [artigo 308.º, alínea g)], e outros direitos industriais [patentes, artigo 137.º, n.º 3; topografias de produtos condutores, artigo 161.º, n.º 3; modelos ou desenhos industriais, artigo 197.º, n.º 5, todos do CPI].

<sup>5</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 113-114.

<sup>6</sup> CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 252, 259, 260.

falar em concorrência desleal é essencial que sejam idênticas ou afins as atividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes económicos”<sup>1</sup>.

Contudo, em jurisprudência mais recente<sup>2</sup>, o STJ parece alargar o âmbito de proteção da concorrência desleal, ao pronunciar-se no sentido de que “[h]averá ato de concorrência não apenas entre atividades económicas que estejam numa relação de identidade, substituição ou complementaridade, mas ainda entre todas aquelas que se dirigem ao mesmo tipo de clientela. / O ato de concorrência desleal é, antes de mais, um ato de concorrência, ou seja (...), um ato destinado à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela alheia, efetiva ou potencial. / Assenta, assim, em duas ideias fundamentais: a criação e expansão de uma clientela própria e a idoneidade para reduzir ou mesmo suprimir a clientela alheia, real ou possível. / Quando tal se verificar em termos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, dá-se um ato de concorrência desleal, que é ilícita na medida em que constitui um abuso da liberdade de concorrência”.

Esta orientação rompe com o princípio da especialidade que tradicionalmente informa o conceito de ato de concorrência. Independentemente de as atividades económicas serem idênticas, substitutas ou complementares, o critério determinante será o da clientela pela qual se concorre (o *customers' pocket*). Todavia, a ser assim, a concorrência desleal transforma-se num regime de práticas comerciais desleais em qualquer setor de atividade económica, com prejuízo para a liberdade de empresa e de iniciativa económica, tanto mais que só excecionalmente - como sucede nas marcas de prestígio - a lei rompe com o princípio da especialidade.

A proteção jurídica da *marca de prestígio* confere o direito de oposição ao registo de marcas idênticas ou semelhantes para produtos não idênticos nem semelhantes, quando haja risco de confusão ou de associação parasitária ou depreciativa (artigo 242.º do CPI). No fundo, a proteção da marca de prestígio internaliza a proteção da concorrência desleal, alargando-a todavia a quaisquer atividades económicas, concorrentes ou não, tendo em vista, designadamente, o risco de *banalização*<sup>3</sup> ou de “vulgarização da marca”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do STJ*, 2003, I, pp. 93-96; ver ainda os acórdãos do STJ de 21 de fevereiro de 1969 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 184, 1969), de 20 de dezembro de 1990 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 402, 1991, p. 567), e de 31 de janeiro de 1991, bem como os do Tribunal da Relação do Porto, de 31 de janeiro de 1991 e de 12 de janeiro de 1998, e do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de novembro de 1999 e de 12 de novembro de 2001, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Nesta ordem de ideias, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu, em acórdão de 16 de janeiro de 2007, que “[e]ntre duas empresas de ramos completamente diferentes não poderá haver concorrência, pois uma não tirará clientela à outra. Só existe concorrência desleal quando existe concorrência. [...] o que caracteriza a concorrência desleal não é propriamente o resultado obtido, mas sim os meios utilizados para alcançar o fim em vista” (proc. 5670/2006-7, Pimentel Ramos).

<sup>2</sup> Acórdão do STJ de 26 de setembro de 2013, proc. 6742/1999.L1.S2 (Oliveira Vasconcelos).

<sup>3</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de dezembro de 2014, proc. 247/12.7YHLSB L1-1 (Isabel Fonseca).

<sup>4</sup> M. NOGUEIRA SERENS, *A “Vulgarização” da Marca na Diretiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988 (id est, no nosso direito futuro)*, Coimbra, 1995 (Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia”, 1984). Deve, todavia, reconhecer-se que a tutela da concorrência desleal acompanha a proteção de que beneficia a marca de prestígio, que reconhecidamente é mais ampla, abrangendo inclusivamente o seu valor sugestivo ou publicitário, e que adquire especial relevo no domínio do chamado *merchandising*

Além disso, o âmbito de proteção das marcas é limitado às atividades económicas. De fora ficam outros setores de atividade humana, como a política, a cultura ou a religião, e sem prejuízo da responsabilidade civil e/ou criminal pela utilização de marcas ainda que no exercício de liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão e de informação, garantidas pela Constituição da República Portuguesa<sup>1</sup>.

Mesmo no âmbito das atividades económicas, existem limitações aos direitos conferidos pelo registo da marca, já que não impede terceiros de usar, na sua atividade económica, desde que tal seja feito em conformidade com as normas e os usos honestos em matéria industrial e comercial: *a)* o seu próprio nome e endereço (por exemplo, alguém cujo nome civil coincide com uma marca registada e quer criar um *site* pessoal ou até profissional com esse nome de domínio; *b)* indicações relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época e ao meio de produção do produto ou da prestação do serviço ou a outras características dos produtos ou serviços; *c)* a própria marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes (por exemplo, *all4bmw.pt*)<sup>2</sup>. Pense-se, igualmente, nos termos em que, embora apertados, a lei permite a publicidade comparativa. Segundo o TJUE, o conceito de publicidade da Diretiva 84/450/CEE e da Diretiva 2006/114/CE sobre publicidade enganosa e comparativa deve ser interpretado no sentido de abranger a utilização de um nome de domínio e a utilização de etiquetas em meta-dados de um sítio Internet, já não o registo, enquanto tal, de um nome de domínio<sup>3</sup>.

---

– vide MARIA MIGUEL CARVALHO, *Merchandising de marcas (A comercialização do valor sugestivo das marcas)*, Coimbra, Almedina, 2003.

<sup>1</sup> Segundo o Tribunal do Distrito de *Massachusetts* (EUA), no caso *Hasbro v Clue Computing*, de 2 de setembro de 1999: “while use of a trademark as a domain name to extort money from the markholder or to prevent that markholder from using the domain name may be per se dilution, a legitimate competing use of the domain name is not. Holders of a famous mark are not automatically entitled to use that mark as their domain name; trademark law does not support such a monopoly. If another Internet user has an innocent and legitimate reason for using the famous mark as a domain name and is the first to register it, that user should be able to use the domain name, provided that it has not otherwise infringed upon or diluted the trademark.” – cf. COLBY B. SPRINGER, “Master of the Domain (Name): A History of Domain Name Litigation and the Emergence of the Anticybersquatting Consumer Protection Act and Uniform Dispute Resolution Policy”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 17 (2000), II, p. 315.

<sup>2</sup> No acórdão *Parfums Christian Dior c. Evora*, de 4 de novembro de 1997 (proc. C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517), o TJUE decidiu que os artigos 5.º e 7.º da Diretiva 89/104/CEE sobre marcas dispozições “devem ser interpretadas no sentido de que, quando há produtos de marca que são comercializados no mercado comunitário pelo titular da marca ou com o seu consentimento, um revendedor tem a faculdade, além da revenda desses produtos, de utilizar a marca para anunciar ao público a comercialização posterior desses produtos”, não podendo o titular de uma marca “opor-se[...] a que um revendedor, que comercializa habitualmente artigos da mesma natureza, mas não necessariamente da mesma qualidade que os produtos de marca, utilize a marca, com os meios habituais no seu ramo de atividade, para anunciar ao público a comercialização posterior dos seus produtos, salvo se se provar que, tendo em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, o uso da marca na publicidade do revendedor afeta seriamente a reputação da marca”.

<sup>3</sup> Acórdão de 11 de julho de 2013, *Belgian Electronic Sorting Technology* (proc. C-657/11, ECLI:EU:C:2013:516), sobre a interpretação do conceito de publicidade, constante do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, conforme alterada pela Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, e do artigo 2.º, alínea *a)*, da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa. Sobre o tema da publicidade comparativa, vide, por exemplo, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e

O mesmo vale para as firmas, que, para fins de identificação, os comerciantes e outras entidades são obrigados a adotar (artigo 18.º, n.º 1, do Código Comercial). O registo definitivo da firma confere um direito exclusivo e o uso ilegal de firma confere direito de exigir a sua proibição e indemnização pelos danos daí resultantes (artigos 3.º, 35.º, n.º 1, e 62.º do RNPC), podendo a *firma de facto* ser protegida pelo instituto da concorrência desleal (artigo 317.º do CPI). A firma é um sinal distintivo, não de produtos nem de estabelecimentos, mas de pessoas singulares ou coletivas. Por isso, a proteção da firma dificilmente justificaria a proibição de registo de nomes de domínio idênticos, já que estes não se destinam a identificar sujeitos, mas antes localizar sítios *web*. Seria por isso necessário recorrer a outros institutos, como a concorrência desleal. Todavia, este instituto pressupõe a prática de atos de concorrência, que em princípio deve ser confinada ao mercado relevante. Ou seja, não confere proteção contra não concorrentes.

Com efeito, a proteção das firmas contra registo de nomes de domínio por parte de terceiros deverá recorrer a institutos mais gerais como o princípio da boa-fé e, em especial, o instituto do abuso de direito consagrado no artigo 334.º do Código Civil. Aliás, de um modo geral, parece-nos que a proibição de registo de nomes de domínio coincidentes com sinais distintivos preexistentes colhe a sua justificação sobretudo neste instituto, enquanto projeção do princípio da boa-fé.

## 5. Arbitragem e tribunal competente

O DNS.PT garante recurso não obrigatório à arbitragem, tendo esta por objeto a não conformidade de um nome de domínio com o regulamento DNS.PT. Pode ser requerida por qualquer interessado contra o titular do nome de domínio objeto da arbitragem ou contra o Registo (Associação DNS.PT), pela remoção ou aceitação de registo de um nome de domínio. Como vimos atrás, são estabelecidos critérios de apreciação da conformidade do registo do nome de domínio com o regulamento DNS.PT.

Quanto ao tribunal competente, a aquisição de direitos sobre nomes de domínio .pt está sujeita a registo, o qual todavia não é regulado por instrumento jurídico da União Europeia nem por convenção internacional. Tendo em conta a intervenção do Estado neste domínio, temos defendido a equiparação do registo de domínios .pt a um registo público para efeitos de competência judiciária<sup>1</sup>. Trata-se, é verdade, de direitos de

---

práticas comerciais desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 7 (2005), pp. 341-378; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Publicidade comparativa e concorrência desleal”, in *Direito Industrial*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2005. Relativamente à utilização de marcas como meta-dados, ver também o acórdão do TJUE *Google c. Louis Vuitton*, de 23 de março de 2010 (procs. C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159); sobre o tema, com mais indicações, vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Meta-tags, marca e concorrência desleal”, in *Direito Industrial*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 241-253; LUÍS COUTO GONÇALVES, “Revisitando o Acórdão *Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia”, in *Dário Moura Vicente et al. (org.), Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 343.

<sup>1</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77 (2001), pp. 633-687. A legislação norte-americana (*Anticybersquatting Consumer Protection Act*, 1999) permite que, em certas circunstâncias, a competência judiciária se fundamente na localização da *res*, *i. e.*, jurisdição *in rem* no local onde um nome de domínio é registado. Sobre a problemática internacional, DÁRIO MOURA VICENTE, “Problemática internacional dos nomes de

natureza controversa<sup>1</sup>. A jurisprudência norte-americana considerou tratar-se de direitos de propriedade<sup>2</sup>, e, no direito alemão, não obstante a noção restrita de propriedade (*Eigentum*), há quem defenda que o registo de nomes de domínio constitui um direito patrimonial absoluto semelhante à propriedade<sup>3</sup>, ao menos enquanto elemento da empresa<sup>4</sup>. Todavia, para muitos trata-se apenas de um direito relativo entre a entidade que atribui o nome de domínio e o respetivo titular, sem gozar de oponibilidade a terceiros<sup>5</sup>. Este parece ser também o entendimento do STJ, já que, em acórdão de 21 de janeiro de 2003, decidiu que “o ‘registo’ de um nome de domínio na Internet (...) não confere qualquer direito de exclusivo, ou de prioridade, em Portugal”<sup>6</sup>.

Não obstante, a utilização de nome de domínio como marca pode justificar a aplicação do regime da marca livre<sup>7</sup> (artigo 227.º do CPI) e, além disso, o registo da marca poderá ser recusado se houver intenção ou risco de concorrência desleal por parte do requerente (artigo 239.º, n.º 1, do CPI). Com efeito, para efeitos da concorrência desleal [artigo 317.º, alínea *a*), do CPI], o nome de domínio deve ser considerado um elemento (imaterial) da empresa<sup>8</sup>, ao menos como *senal distintivo atípico*<sup>9</sup> para impedir o registo como marcas de sinais previamente registados e usados como nomes de domínio.

domínio”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2002), p. 147, e *Direito Internacional Privado. Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 193-201.

<sup>1</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Nomes de domínio e marcas”, *cit.*, pp. 516-517, concluindo que “[a] questão dos nomes de domínio e dos direitos subjetivos sobre ele constituídos não é, em suma, suscetível de uma resposta unívoca: tudo depende das funções que esses bens concretamente exerçam” – p. 517.

<sup>2</sup> JAY PRENDERGATS, «Kremen v. Cohen: the “knotty” saga of sex.com», *Jurimetrics* 2004, pp. 75-91 (com comentário crítico à decisão jurisprudencial).

<sup>3</sup> STEFAN KOOS, “Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut (Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts na der Domain)”, in *MMR – MultiMedia und Recht (Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht)*, 2004, p. 359 [“Die Domain ist (...) ein absolutes Vermögensrecht” – p. 364].

<sup>4</sup> VOLKER BOEHME-NEßLER, *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*, München, Beck, 2001, p. 118 (“Domains als Bestandteil des Unternehmens... sind deshalb auch als Eigentum im Sinne von 823 Abs. 1 BGB zu klassifizieren.”).

<sup>5</sup> *Vide*, por exemplo, GREGOIRE LOISEAU, “Nom de domaine et Internet: turbulences autour d’un nouveau signe distinctif”, *Recueil Dalloz* 1999, p. 245; CARLO EMANUELE MAYR, “I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problemática”, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore della Cultura e dello Spettacolo*, 1996, pp. 223-50; ALFREDO ANTONINI, “La tutela giuridica del nome di domínio”, in *DII – Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2001, pp. 813-825; P. VARI, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Cedam, Padova, 2001. No direito espanhol, A. GARCIA VIDAL, *El Derecho español de los nombres de dominio*, Comares, Granada, 2004, e *Derecho de Marcas e Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>6</sup> Acórdão do STJ de 21 de janeiro de 2003, proc. 595/02, in *Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 166 (2003), I, pp. 34-36. Este acórdão julgou o caso VINI PORTUGAL, cuja factualidade era essencialmente a seguinte: (1) A registou a firma e o logotipo VINI PORTUGAL; (2) B, produtor individual de vinho, registou o nome de domínio VINI PORTUGAL.COM; (3) A pediu a remoção desse nome de domínio e que B se abstivesse de usar o sinal em qualquer contexto, incluindo nomes de domínio. O STJ decidiu que B não tem o direito de usar a expressão VINI PORTUGAL como firma ou logótipo, mas pode manter o nome de domínio. O que, todavia, não lhe confere qualquer direito de exclusivo ou de prioridade em matéria de firmas e outros sinais distintivos, cuja regulamentação legal consta do RRNPC e do CPI, respetivamente.

<sup>7</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Nomes de domínio e marcas”, *cit.*, p. 571.

<sup>8</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Empresa, comércio eletrónico e propriedade intelectual”, in *Empresas e Sociedades – Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, António Pinto Monteiro (org.), vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 439-478.

<sup>9</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Nomes de domínio e marcas”, *cit.*, p. 571 (“sinais distintivos atípicos”).

Assim, os nomes de domínio não são objeto de direitos exclusivos estabelecidos por lei<sup>1</sup>. Mas tal não impede que sejam equiparados a direitos sujeitos a registo para efeitos de competência judiciária nos termos do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (revogou e substituiu o Regulamento (CE) n.º 44/2001). O referido Regulamento prevê uma regra de competência exclusiva, em matéria de inscrição ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos, e outros direitos análogos sujeitos a depósito ou a registo<sup>2</sup>. Nestes casos têm competência exclusiva os tribunais do Estado-Membro em cujo território o depósito ou o registo tiver sido requerido, efetuado ou considerado efetuado nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional (artigo 24.º, n.º 4). Preside a esta regra de competência exclusiva o princípio da boa administração da justiça<sup>3</sup>.

Os nomes de domínio não são abrangidos expressamente pela regra de competência exclusiva, uma vez que não existe instrumento comunitário nem convenção internacional nos termos dos quais o registo ou depósito dos domínios .pt deva ser considerado efetuado. Todavia, devem integrar-se no âmbito da competência exclusiva prevista no artigo 24.º, n.º 3, do Regulamento, que regula a competência em matéria de validade de inscrições em registos públicos, atribuindo-a aos tribunais do Estado-Membro em cujo território estejam conservados esses registos. Assim, a competência internacional para julgar sobre a existência e a validade de direitos sobre nomes de domínio .pt caberá aos apenas tribunais portugueses, sendo em primeira instância atribuída ao Tribunal da Propriedade Intelectual<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> No processo *desportosdeginasio.pt*, a ARBITRARE não deu provimento ao pedido de remoção desse registo pelo titular dos registos prévios *desportosdeginasio.eu*, *desportosdeginasio.org*, *desportosdeginasio.net*, ou *desportosdeginasio.com*, já que o então artigo 43.º, n.º 2, do DNS.PT não seria oponível a outros titulares de nomes de domínio por não serem estes nomes ou designações protegidas nos termos de disposições legais em vigor.

<sup>2</sup> No sentido da regra de competência exclusiva como acolhimento do princípio da territorialidade na competência judicial nas referidas matérias, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 376 (com análise do direito comparado das marcas a pp. 63-77). Sobre o tema, ver ainda, com mais referências, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Intellectual Property, Jurisdiction and Applicable Law in Portugal: An Overview”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 86 (2010), pp. 149-207.

<sup>3</sup> Deixa, porém, algumas situações em aberto, em especial no que respeita aos direitos de autor e conexos. O silêncio significa que a competência exclusiva não se aplica a estes direitos, uma vez que, segundo os instrumentos internacionais aplicáveis, de que todos os Estados-Membros são parte, a existência de direitos de autor e/ou conexos não depende dessas formalidades – Convenção de Berna (artigo 5.º), Convenção de Roma (artigo 11.º), Acordo ADPIC/TRIPS (artigo 9.º). Note-se, porém, que é constitutivo da proteção legal o registo do título da obra não publicada e dos títulos dos jornais e outras publicações periódicas (artigos 4.º, n.º 3, e 214.º do CDADC). O Decreto-Lei n.º 143/2014, de 26 de setembro, aprovou, sistematizando e harmonizando em diploma único, o novo regime de registo de obras literárias ou artísticas, para o qual é competente a Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC). Sobre o novo regime, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Anotação do Decreto-Lei n.º 143/2014, de 26 de setembro, que aprovou o Regulamento de Registo de Obras Literárias e Artísticas”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, 2014.

<sup>4</sup> Instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março (e declarado instalado pela Portaria n.º 84/2012, de 29 de março), que tornou completamente operacionais os tribunais especializados em matéria de concorrência e de direitos de propriedade intelectual criados pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que

Nos termos da nova Lei da Organização do Sistema Judiciário, o Tribunal da Propriedade Intelectual é um “tribunal de competência territorial alargada”, competindo-lhe conhecer das questões relativas a “ações de declaração em que a causa de pedir verse sobre nomes de domínio na Internet” e “recursos das decisões da Fundação para a Computação Científica Nacional [agora Associação DNS.PT], enquanto entidade competente para o registo de nomes de domínio de.PT, que registem, recusem o registo ou removam um nome de domínio de.PT”<sup>1</sup>.

---

aditou o artigo 89.º-A à Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro. Sobre o novo tribunal *vide* MANUEL LOPES ROCHA *et al.*, *Tribunal da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2012.

<sup>1</sup> Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, artigos 83.º, n.º 3, alínea *a*), e 111.º, n.º 1, alíneas *f/g*).

## O «MARCO CIVIL DA INTERNET» E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA \*

### Introdução

No dia 23 de abril de 2014 o Brasil viu nascer a Lei nº 12.965. Denominada *Marco Civil da Internet*<sup>1</sup>, chegou a ser considerada a “Constituição da Internet” durante trabalhos preparatórios pelo então Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto. Trata-se, com efeito, de um passo em frente no sentido de uma regulação da Internet que observe os princípios constitucionais e a *Rule of Law* no ciberespaço.<sup>2</sup>

A Lei Marco Civil da Internet (MCI) estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. A disciplina do uso da Internet no Brasil assenta no respeito pela liberdade de expressão e em outros valores, como os direitos humanos, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2º/II-V MCI).

### 1. A Lei Marco Civil da Internet

#### 1.1. Princípios e objetivos do Marco Civil da Internet

São 5 os principais pilares do Marco Civil da Internet.

Primeiro, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

Segundo, a proteção da privacidade e dos dados pessoais;<sup>3</sup>

Terceiro, a neutralidade da rede juntamente com a sua estabilidade, segurança e bom funcionamento segundo as boas práticas tecnológicas;

Quarto, a responsabilização dos agentes pelos seus comportamentos na rede sem prejuízo da preservação da natureza participativa da rede;

Quinto, a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, ou seja, a liberdade de acesso ao mercado digital.

Quanto aos objetivos, nos termos do art. 4º MCI, a disciplina do uso da Internet no Brasil visa promover o direito universal de acesso à internet, à informação, ao

---

\* Revista da ABPI 142 (2016), p. 2-21.

<sup>1</sup> Cf. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Sobre esta Lei ver, nomeadamente, Ronaldo LEMOS, «Uma nova lei para assegurar direitos na internet no Brasil: o Marco Civil», *Propriedades intelectuais*, nº 2 (junho 2014), p. 30-4; José de Oliveira ASCENSÃO, «O “marco civil da internet”: a lei brasileira n.º 12965, de 23 de abril de 2014”. *Revista de Direito Intelectual*, 2015, N. 2, p. 271-90; Marcos WACHOWICZ, Vitor Augusto Wagner KIST, *Marco Civil da Internet e Direito Autoral: uma breve análise crítica* - <http://www.gedai.com.br/>

<sup>2</sup> Para uma defesa da subordinação do ciberespaço aos parâmetros constitucionais e à *Rule of Law*, Alexandre L. Dias PEREIRA, «Direito ciberespacial: ‘soft law’ ou ‘hard law’?», in *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 Editora: Coimbra, 2012, p. 685-710. Ver também, para uma análise comparada da situação luso-brasileira do Direito da Internet anterior ao Marco Civil, J. Oliveira ASCENSÃO, «O Direito da Internet em Portugal e no Brasil», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. X, APDI/Coimbra Editora, 2012, p. 101-126.

<sup>3</sup> A Constituição brasileira de 1988 tinha já consagrado o *direito de Habeas Data* assinalado por J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 515, no âmbito do chamado direito à autodeterminação informativa.



conhecimento, à cultura e à participação nos assuntos públicos (1), a inovação e difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso (2), e a adesão a padrões tecnológicos que permitam a interoperabilidade em sentido amplo (3).

Para além dos princípios e dos objetivos, o Marco Civil da Internet contém algumas disposições de alcance duvidoso, tais como as definições de Internet, terminal, endereço IP, conexão à internet e seu registro, aplicações de internet e registro de acesso às mesmas (art. 5º). Com efeito, sendo este um ambiente sujeito a constantes mutações tecnológicas, é questionável o sentido da consagração das referidas definições numa lei com valor quase-constitucional, como então anunciado.

Além disso, contém uma disposição de natureza interpretativa que poderá suscitar algumas dificuldades ao remeter para a ‘natureza da internet, seus usos e costumes particulares’. Com efeito, estabelece o art. 6º que “Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, económico, social e cultural.”

Parece assim que a boa interpretação do Marco Civil depende da compreensão prévia da natureza da internet, seus usos e costumes, i.e., a chamada *Netiqueta*<sup>1</sup>, que tem expressão nomeadamente nos termos de utilização e nas políticas de privacidade dos sítios web. O ponto é sensível, uma vez que a função da lei é também corrigir usos, ou práticas reiteradas, que não estão em conformidade com os princípios e as normas constitucionais. Devolver à Internet e aos seus agentes a regulação que justamente se procura estabelecer por via legal pode revelar-se um exercício de utilização puramente simbólica e política da legislação.

Parece-nos, todavia, que esse não é o caso, uma vez que na verdade o Marco Civil da Internet introduz aspetos inovadores. É o que sucede, desde logo, com o capítulo II sobre os direitos e garantias dos usuários.

## **1.2. Magna Carta de direitos e garantias dos usuários da Internet**

O capítulo II do Marco Civil da Internet define os direitos e garantias dos usuários. Em razão de o acesso à internet ser considerado essencial ao exercício da cidadania, é previsto no art. 7º um rol de direitos do usuário, como sejam a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (1); a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas (2); a não suspensão da conexão à internet e a manutenção da qualidade contratada da conexão (3); o direito a informação contratual sobre o regime de tratamento de dados pessoais e de proteção dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet (4); o não fornecimento a terceiros de dados pessoais, incluindo dados de conexão e de acesso a aplicações, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses legalmente previstas (5).

O tratamento de dados pessoais é apenas permitido para finalidades que justifiquem a sua coleta (*princípio da finalidade*), não sejam legalmente proibidas e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou nos termos de utilização do

---

<sup>1</sup> <https://pt.wikipedia.org/wiki/Netiqueta>

serviço (*princípio da especialidade*). O tratamento de dados pessoais exige o consentimento expresso e deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (exigência de *consentimento específico e autónomo*). Além disso, o usuário tem o direito de, a seu pedido, excluir definitivamente os seus dados de determinada aplicação da Internet no fim da relação (ou chamado direito de apagamento ou retirada, também conhecido por direito ao esquecimento).

A Lei Marco Civil exige ainda publicidade e transparência das políticas de privacidade e dos termos de utilização praticados pelos provedores de conexão à Internet e de aplicações (1), garantia de acessibilidade a cidadãos com necessidades especiais (2), e respeito pelas normas de proteção do consumidor nas relações de consumo na Internet<sup>1</sup> (3).

Os direitos e garantias do usuário têm *natureza imperativa*. O acesso à internet é considerado essencial ao exercício da cidadania e a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contratuais tais como as que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela Internet ou, tratando-se de contratos de adesão, não permitam ao contratante recorrer aos tribunais do Brasil para dirimir litígios decorrentes de serviços prestados no Brasil (art. 8.º).

Comparando a referida remissão para a ‘natureza da internet, seus usos e costumes’, com o teor imperativo dos direitos e garantias do usuário, torna-se claro que o *Marco Civil da Internet* afirma a prevalência destes últimos, enquanto condições básicas de exercício da cidadania na Internet, sobre as políticas de privacidade e os termos de utilização praticados (e estabelecidos unilateralmente) pelos provedores de serviços na internet. No ano anterior à comemoração do 800.º aniversário da *Magna Carta Libertatum* (1215), o Marco Civil da Internet surge como uma *Bill of Rights* do usuário da internet, em especial quando atua nas vestes de consumidor.

Para além de consagrar direitos fundamentais do usuário, o Marco Civil intervém no modo de ser da internet ao estabelecer princípios cardiais sobre o seu funcionamento, como o da neutralidade. Ou seja, em vez de remeter para a natureza da internet, como

---

<sup>1</sup> Veja-se a este respeito, em especial, o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Sobre o tema, com destaque para a proteção do consumidor no comércio eletrônico pode ver-se os nossos ensaios *Comércio eletrônico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999 (com nota atualização no site da editora), e «Notários, certificadores e comércio eletrônico», *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, org. Fábio Luiz Gomes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 5-21, bem como a série de trabalhos publicados nos *Estudos de Direito do Consumidor*, dirigidos por António Pinto MONTEIRO, designadamente: «A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrônico», EDC 2(2000), p. 43-140, «Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo», EDC 3(2001), p. 281-300, «Comércio eletrônico e consumidor», EDC 6(2004), p. 341-400, «A via eletrónica da negociação (alguns aspetos)», EDC 8 (2006/2007), p. 275-290, e «Comércio eletrônico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?», EDC 9 (2015), p. 177-207. Destacando a importância empresarial do comércio eletrônico veja-se também os nossos «A Globalização, a OMC e o Comércio Eletrónico», *Revista Sequencia (UFSC)* n.º 45 (2002), p. 173-195, Idem, «Empresa, comércio eletrônico 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, Vol. I - *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra Editora, 2007, p. 439-478.

parecia à primeira vista, o Marco Civil procura modelar normativamente a natureza da rede segundo os parâmetros constitucionais vigentes, num contexto de concorrência de direitos fundamentais.<sup>1</sup>

### 1.3. O princípio da neutralidade ou isonomia da rede

O princípio da neutralidade de rede é enunciado na secção I do capítulo III e no essencial consiste no dever que impende sobre os provedores de conexão de internet de tratar de *forma isonômica* quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço terminal ou aplicação (art. 9.º). Assim se consagra na forma de lei o *princípio da neutralidade da rede*.<sup>2</sup>

A discriminação ou degradação do tráfego só é permitida nos termos de um regulamento da competência do Presidente da República e apenas poderá ter lugar em virtude de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e priorização dos serviços de emergência (art. 9º, 1).<sup>3</sup> Em todo o caso, estabelece o 2 do mesmo preceito, que o responsável pela discriminação deve abster-se de causar danos aos usuários (1), agir com proporcionalidade, transparência e isonomia (2), informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo os seus usuários sobre as práticas de gestão e mitigação de tráfego adotadas, incluindo as relativas a segurança (3), e oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias abstendo-se de praticar condutas anticoncorrenciais (4).

O princípio da neutralidade significa, deste modo, que a rede deve ser igual para todos: ao comprar um plano de internet, o usuário paga somente pela velocidade contratada e não pelo tipo de conteúdo. As empresas não poderão, então, diminuir a velocidade da conexão para serviços de voz por IP para dificultar o uso de serviços de comunicações (e.g. Skype) ou reduzir a banda de um produto de uma empresa concorrente, por exemplo.

Todavia, o Marco Civil dá um significado mais profundo ao princípio da neutralidade da rede, ao vedar aos provedores de conexão bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados (art. 9º, 3). Ou seja, os provedores de conexão ficam impedidos de interferir nas comunicações dos usuários, cabendo-lhes, portanto, um papel estritamente neutral, mesmo em caso de conflitos entre terceiros e os usuários por razões, por exemplo, de violação de direitos autorais ou outros. Não podem bloquear, nem monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados que circulam na internet para a qual fornecem acesso. Não apenas não têm um dever de vigilância, como

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, Alexandre Dias PEREIRA, «Concorrência de Direitos Fundamentais na «Constituição da Informação», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa ANDRADE e Maria João ANTUNES, Vol. IV, Coimbra Editora, 2010, p. 795-831

<sup>2</sup> Vide Rolf WEBER, Romana WEBER, *Internet of Things – Legal Perspectives*, Berlin, Springer, 2010.

<sup>3</sup> Vide Decreto No 8.771, de 11 de maio de 2016: regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações – disponível em <http://idgnow.com.br/internet/2016/05/12/publicado-decreto-que-regulamenta-o-marco-civil-da-internet/>

lhes é imposto uma obrigação de não interferir com as comunicações dos utilizadores dos seus serviços.<sup>1</sup>

#### **1.4. Controlo do tráfico de dados pessoais e da privacidade**

Uma das principais preocupações do Marco Civil da Internet é, como vimos, assegurar a proteção dos dados pessoais e das comunicações privadas. Não era certa a proteção do sigilo das comunicações eletrónicas (e-mail, sms, etc) antes de o Marco Civil entrar em vigor. Aliás, pouco antes da aprovação da Lei, a Presidente Dilma defendeu a necessidade de proteger a privacidade na Internet, na sequência do escândalo das escutas a que estaria a ser sujeita juntamente com a sua congénere alemã, tendo ambos os países apresentado uma proposta de resolução nesse sentido.<sup>2</sup>

Nos termos do Marco Civil, o prestador responsável pela guarda desses dados só pode ser obrigado a disponibilizar os registos de conexão e de acesso a aplicação na internet em termos que permitam a identificação do usuário ou do terminal mediante ordem judicial (art. 10.º 1), o mesmo valendo para o conteúdo das comunicações privadas, devendo o juiz proceder nos termos do princípio da legalidade, sem prejuízo do acesso pelas autoridades administrativas competentes aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço (art. 10.º 3).

Quanto ao âmbito de aplicação da lei no espaço, o Marco Civil abrange qualquer operação de recolha, armazenamento, guarda e tratamento de registos de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra no território brasileiro, ainda que só um dos terminais esteja localizado no Brasil (art. 11º). A lei aplica-se a empresas estabelecidas fora do Brasil, mas que prestem os seus serviços ao público brasileiro ou cujo grupo económico tenha estabelecimento no Brasil (art. 11.º, 3).

Além disso, sobre os provedores de conexão e de aplicações recai um dever de reportar às autoridades brasileiras o modo de cumprimento da legislação do Brasil sobre proteção de dados pessoais e sigilo de comunicações, em termos a regulamentar (art. 11.º 3). A infração destas obrigações sujeita os responsáveis a diversas sanções, incluindo multa até 10% do facturamento líquido do grupo económico no Brasil no seu último exercício, suspensão ou mesmo proibição de exercício das atividades em causa (art. 12º). Faz recordar as sanções do direito da concorrência da União Europeia, se bem que aqui sejam ainda mais severas já que as multas podem chegar a 10% do volume negócios e não apenas do facturamento líquido.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, na perspectiva do direito da União Europeia especialmente no domínio dos direitos autorais, podem ver-se os nossos «Direitos de autor e acesso à Internet: uma relação tensa», *Direito Autoral e Interesse Público, Anais do IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*, org. Marcos WACHOWICZ e Manoel J. Pereira dos SANTOS, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2010, p. 98-105; e «A Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa», *Revista da ABPI*, No 123 (2013) p. 53-62.

<sup>2</sup> <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-11-03/proposta-sobre-privacidade-na-internet-deve-ter-prioridade-na-onu-diz-dilma>

<sup>3</sup> Sobre a relação entre direitos de propriedade intelectual e o direito de concorrência no mercado dinâmico dos programas de computador, caracterizado pelo efeito de rede, veja-se, na jurisprudência, o acórdão do TPI de 17 de setembro de 2007, proc. T - 201/04, *Microsoft Corp. v Commission of the*

### **1.5. Conservação de dados de tráfego**

Por outro lado, os provedores de conexão têm o dever de guardar, em sigilo, os dados de conexão pelo prazo de 1 ano (art. 13). Esta responsabilidade não pode ser transferida a terceiros (art. 13 §1), parecendo ficar vedado o recurso a soluções de outsourcing de computação em nuvem (*cloud computing*). Mediante ordem judicial ou administrativa o prazo de conservação pode ser alargado (art. 13 §2). Em qualquer caso, depende de autorização judicial a disponibilização aos requerentes dos registos dos dados de conexão (art. 13 5).

De todo o modo, o dever de conservação abrange apenas os dados de conexão, sendo vedado ao provedor de conexão guardar os registos de acesso a aplicações de Internet (art. 14). A conservação destes dados cabe ao provedor de aplicações de Internet ('pessoa jurídica que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins económicos'), ou seja, o provedor de aplicações tem o dever de manter os registos de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 6 meses. Os outros provedores de aplicações poderão ser obrigados por ordem judicial a conservar esses registos relativos a fatos específicos por período determinado (art. 15º, §1) e a disponibilização ao requerente desses registos depende de autorização judicial (art. 15º, 3). À semelhança da conservação de dados de conexão, também a disponibilização de dados de aplicações a terceiros fica sujeita a controlo judicial, em virtude de se tratar de uma matéria que colide com a tutela do direito fundamental à vida privada e, como é hoje comumente referido, o direito fundamental à "autodeterminação informacional"<sup>1</sup>. Direito este que se manifesta também no princípio da especialidade, consagrado pelo Marco Civil no sentido de que o provedor de aplicações não pode guardar registos de acessos a outras aplicações sem consentimento do titular dos dados, nem registos de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular (art. 16º).

### **1.6. Liberdade de expressão e retirada de conteúdos: a responsabilidade dos provedores de conexão**

Como atrás referido, um dos eixos do Marco Civil é a preservação da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal. Para o efeito, o provedor de conexão não é civilmente responsável por danos de conteúdos gerados por terceiros (art. 18º), salvo se, após ordem judicial específica que identifique claramente o conteúdo infrator e permita a sua localização,

---

*European Communities*. Sobre este importante acórdão, no contexto da jurisprudência do TJUE, com mais referências, pode ver-se o nosso «Software Interoperability, Intellectual Property and Competition Law: Compulsory Licenses for Abuse of Market Dominance», *Computer Law & Security Review*, 27 (2011) p. 175-179.

<sup>1</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2014, proc. 679/05.7TAEVR.E2.S1, Rel. Helena MONIZ – [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

não tomar as providências para o tornar indisponível por período determinado (art. 19º, 1).<sup>1</sup>

Por outro lado, as medidas cautelares contra infrações a bens e direitos de personalidade (honra, reputação, imagem) podem ser pedidas ao abrigo do Marco Civil (art. 19 §3 e 4). Já as medidas cautelares contra infrações a direitos de autor ou a direitos conexos ficam dependentes de previsão legal específica<sup>2</sup> e a sua adoção deverá expressamente respeitar a liberdade de expressão (art. 19 2).<sup>3</sup> De todo o modo, tratando-se de provedor de conexão, é necessária ordem judicial, visto estarem em jogo direitos fundamentais dos utilizadores dos serviços, em especial a liberdade de expressão e de comunicação. Já no caso de provedor de aplicações fica a dúvida sobre a exigência de ordem judicial. O Marco Civil estabelece que o provedor de aplicações deverá comunicar ao usuário responsável pelo conteúdo, quando tiver os seus contatos, os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, de modo a permitir o contraditório e a ampla defesa em juízo, podendo o usuário solicitar ao provedor que substitua o conteúdo indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que fundamentou a indisponibilização (art. 20º). Ou seja, o Marco Civil parece validar as cláusulas habituais nos termos de utilização de serviço de vários provedores de aplicações nos termos das quais o provedor se reserva o direito de proceder à indisponibilização de conteúdos sempre que tenha motivos suficientes para tanto.

Todavia, a liberdade de expressão e a tutela judicial que o Marco Civil consagra em sede de provedores de conexão não é menos intensa, parece-nos, no âmbito dos provedores de aplicações. Pense-se, por exemplo, no *Facebook* ou em outras plataformas de redes sociais: deixar ao provedor de aplicações a indisponibilização de conteúdos colocados pelos seus utilizadores pode revelar-se uma solução excessivamente restritiva do ponto de vista da liberdade de expressão, ainda que dando oportunidade ao visado de se manifestar, à semelhança do procedimento de ‘*notice and take down*’ estabelecido pela lei norte-americana *Digital Millennium Copyright Act* de 1998<sup>4</sup>, e que encontrou na lei portuguesa uma réplica com âmbito de aplicação mais geral embora com ressalva expressa da liberdade de informação.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Para um estudo aprofundado sobre a situação anterior no Brasil, em especial na jurisprudência, vide Paulo Roberto BINICHESKI, *Responsabilidade civil dos provedores de Internet. Direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro*, Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

<sup>2</sup> O que não parece ser o caso da lei dos direitos autorais: Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)

<sup>3</sup> Em Portugal, por força da transposição da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual Portugal, o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos prevê, para além de uma norma sobre providências cautelares (art. 210º-G), uma outra especificamente dirigida aos intermediários, leia-se provedores de conexão e de aplicações (art. 227º). Sobre a adaptação dos direitos de autor ao ambiente digital e a origem da propriedade técnico-digital, pode ver-se a nossa monografia *Informática, direito de autor e propriedade tecno-digital*, Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

<sup>4</sup> Para um estudo desta lei em língua portuguesa pode ver-se o nosso «Direitos de autor, códigos tecnológicos e a Lei Milénio Digital», *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, vol. 75 (1999), p. 475-521.

<sup>5</sup> Decreto-Lei n.º 7/2004 de 7 de janeiro. A lei parece admitir medidas com efeito semelhante, ordenadas por autoridades administrativas, o que, todavia, pode suscitar questões de constitucionalidade por ofensa aos direitos fundamentais dos usuários da internet.

Isto não obsta a que se reconheça que, relativamente a determinados conteúdos, se possa justificar um procedimento considerado mais expedito e eficaz. É o que sucede, por exemplo, com a pornografia infantil e que porventura deveria ser alargado a outras situações, nomeadamente quando estejam em causa conteúdos que incitem ou consistam na prática de crimes graves, como o terrorismo.

Neste sentido, o Marco Civil responsabiliza o provedor de aplicações de internet que disponibiliza conteúdo gerado por terceiros, subsidiariamente, pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, depois de ser notificado disso pelo participante ou seu representante legal (art. 21).

Nestes casos, o provedor de aplicações tem a obrigação de tornar esses conteúdos indisponíveis, sob pena de responder, ainda que subsidiariamente, pelos referidos ilícitos. É uma norma que se dirige especialmente às redes sociais, mais ou menos abertas, onde são colocadas cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, tanto de maiores como de menores. A utilização de *smartphones*, com todas as funcionalidades que se lhes conhecem, coloca nas mãos de qualquer pessoa uma arma fortemente intrusiva na vida privada, não apenas pela captação de imagens e sons, mas também pela sua divulgação em sítios web, incluindo redes sociais, com um potencial lesivo extremamente forte e que tem afetado crianças e adolescentes, mas também adultos, particularmente em situações de rupturas de relação.

### **1.7. Fornecimento de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet**

O fornecimento de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet fica sujeito a controlo judicial. Apenas pode ser ordenado pelo juiz e unicamente para efeitos probatórios em processo judicial cível ou criminal mediante requerimento do interessado, que deve cumprir certos requisitos específicos (art. 22º): existência de fundados indícios da ocorrência do ilícito, justificação da utilidade dos registros, e período a que respeitam.

### **1.8. Poder público**

O poder público é igualmente destinatário do Marco Civil, que lhe impõe um dever geral de atuação no sentido do desenvolvimento da internet no Brasil em termos de governação plural e deveres mais específicos de racionalização e interoperabilidade tecnológica dos serviços públicos eletrónicos (*e-Government*), de utilização preferencial de normas abertas e livres, de otimização da infraestrutura e implantação de centros de dados, e de desenvolvimento da literacia digital (art. 24º).

Além disso, o dever constitucional de o Estado prestar educação é alargado à capacitação para o uso seguro, consciente e responsável da Internet como ferramenta da cidadania (art. 26), devendo as aplicações de internet do poder público buscar acessibilidade a todos os interessados, incluindo os que têm necessidades especiais, e promover a inclusão digital, reduzir as desigualdades no acesso às tecnologias, e fomentar a produção de conteúdo brasileiro (art. 27).

É questionável o efeito útil destas normas, embora nos pareça que têm um valor sobretudo programático, i.e., estabelecem um conjunto de orientações e regras que devem ser observadas pelo poder público no que respeita à utilização da internet. Por exemplo, o dever de utilização preferencial de normas abertas e livres não é certamente inócuo e não deverá deixar de ser respeitado pelo poder público, pese embora as sanções para o seu não cumprimento não serem claras<sup>1</sup>, à semelhança do que sucede com a garantia de liberdade de escolha de programa de computador para exercício do controlo parental (art. 29). De todo o modo, se outro mérito não tiver, terá pelo menos o de consagrar um conjunto de princípios orientadores que não deixarão de ter impacto ao nível do controlo da validade dos atos do poder público no que respeita à utilização da internet.

## 2. O Direito da União Europeia para a Internet

Passada em revista, nos seus traços fundamentais, a Lei Marco Civil da Internet, vejamos seguidamente quais são os seus reflexos no direito da União Europeia. Antes, porém, cumpre destacar o papel do direito da EU para a Internet, também conhecida por sociedade da informação.

### 2.1. A sociedade da informação como domínio da União Europeia

A propósito do bom funcionamento do mercado interno e, depois, da criação da sociedade da informação e da economia do conhecimento, a União Europeia tem afirmado competência privilegiada para regular a Internet em vários domínios<sup>2</sup>, ao ponto de a legislação nacional se limitar, praticamente, à transposição de Diretivas da

---

<sup>1</sup> A lei portuguesa das normas abertas estabelece a nulidade dos atos administrativos que excluam soluções baseadas em normas abertas (Lei 36/2011, de 21 de junho, e Regulamento 91/2012, de 8 de novembro). Adotada com o intuito de promover a ‘liberdade tecnológica dos cidadãos’ e a interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado, esta lei estabelece a nulidade de todo e qualquer ato contratual da AP que exclua as normas abertas, tal como previsto no regulamento nacional da interoperabilidade digital. Complementa, por isso, o regime da contratação pública estabelecido pelo Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei 18/2009, com alterações posteriores). Sobre o tema veja-se o nosso «Normas abertas nos sistemas informáticos do Estado», Revista do CEDOUA No 29 (2012), 39-43. Sobre as licenças de software, com referências, vide, do mesmo Autor, «Contratos de licenças de software e de bases de dados», *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuço. Coimbra: Almedina, 2011, p. 345-368; Idem, «As licenças de software livre e *open source* (FOSS) como ferramenta de equidade tecnológica», *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, coord. António Pinto MONTEIRO, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, p. 111-131. A interoperabilidade está consagrada na Lei das comunicações eletrónicas e é um imperativo no direito de autor da União Europeia ao ponto de justificar a chamada exceção de descompilação e estar na base do célebre acórdão *Microsoft* no qual a empresa norte-americana foi condenada por abuso de posição dominante ao não permitir aos seus concorrentes o desenvolvimento de soluções compatíveis com o sistema operativo *Windows*. Vide o nosso «Inovação tecnológica, propriedade intelectual e defesa da concorrência no mercado do software», *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, vol. 85 (2009), p. 237-259.

<sup>2</sup> 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. Todavia, frequentemente, a propósito da natureza transfronteiriça da Internet e da sociedade da informação, a União Europeia acaba harmonizando aspetos tradicionais do mundo real, ao ponto de as competências serem postas em cheque. Apontando já a tendência para na internet ser tudo competência da União, esvaziando o poder dos Estados-membros, vide José de Oliveira Ascensão, «Direito cibernético: a situação em Portugal», *Direito & Justiça* 2 (2001), p. 9 (apontando ainda outras características do emergente “Direito Cibernético”).



UE.<sup>1</sup> 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 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).<sup>2</sup> O desenvolvimento da computação em nuvem<sup>3</sup> será acompanhado, seguramente, de outras iniciativas de harmonização. Vejamos então alguns aspetos do direito da União Europeia para a Internet que encontram reflexo no Marco Civil.

## 2.2. Proteção do consumidor na Internet

A proteção do consumidor na Internet, em especial no comércio eletrónico, tem justificado a intervenção do legislador da União Europeia. Desde logo, a Diretiva

<sup>1</sup> 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 setor das comunicações eletrónicas (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). No domínio do Direito Penal, que é um reduto da soberania dos Estados-Membros, note-se que a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro), adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.”

2000/31 consagrou algumas medidas especiais, reforçada pela transposição para o direito interno através do Decreto-Lei 7/2004, e mais tarde pela Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores<sup>1</sup>, transposta pelo DL 24/2014, de 14 de fevereiro<sup>2</sup>, que acrescem à legislação existente sobre cláusulas abusivas, práticas comerciais desleais ou garantias nas vendas de bens de consumo. Para completar os direitos do consumidor em contratos de compra e venda em linha ou outras vias a distância, bem como no fornecimento de conteúdos digitais, estão em discussão duas propostas de Diretivas, já anunciadas aliás na Comunicação da Comissão sobre uma Estratégia do Mercado Único Digital para a Europa.<sup>3</sup>

Para além do DL 24/2014, que corresponde já à 3ª geração de leis de proteção do consumidor nas vendas ao domicílio, pode ainda referir-se o Decreto-Lei nº 95/2006, de 29 de maio, no que respeita à resolução dos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores celebrados através de meios de comunicação à distância.<sup>4</sup>

### 2.3. Proteção de dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas

O direito da União Europeia assegura um elevado nível de proteção de dados pessoais<sup>5</sup> e da privacidade nas comunicações à distância, tendo sido já aprovado um Regulamento que unificará o regime jurídico de todos os Estados-Membros da UE.<sup>6</sup>

Em Portugal o regime jurídico é estabelecido pela chamada Lei da Proteção de Dados Pessoais<sup>7</sup>, que desenvolve o comando constitucional de proteger as pessoas contra a utilização da informática (art. 35º CRP).<sup>8</sup> A Lei 67/98 delimita o seu âmbito de

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Transpõe para a ordem jurídica interna a 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.

<sup>5</sup> A Comunidade Europeia adotou a Diretiva 95/46/CE, e mais tarde a proteção dos dados pessoais foi consagrada no Artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União.

<sup>6</sup> <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>

<sup>7</sup> Lei n.º 67/98 de 26 de outubro. Revogou a Lei 10/91, de 29 de abril, e transpôs para a ordem jurídica portuguesa a 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 dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Sobre a proteção jurídica dos dados pessoais, Garcia Marques & Lourenço Martins, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 129-313, 330-391, 422-442, Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação - Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 82-111, p. 173-183; Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>8</sup> No direito internacional ver, designadamente, a Declaração Universal do Direitos do Homem (Art. 12º), o Protocolo Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (Art. 17), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Art. 8), a Convenção No 108 do Conselho da Europa, adotada em Estrasburgo, a 28 de janeiro de 1981), para além de recomendações várias, incluindo a nº 171 da OIT, e das linhas Diretrizes da OCDE, da ONU, do Acordo Schengen. Inclusivamente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, o Acordo Geral de Comércio e Serviços de 15 de abril de 1994, prevê a proteção de dados (Art. XIV). No direito comparado aponta-se a lei do Land alemão do Hesse, de 30 de setembro de 1970 como a primeira lei de proteção de dados.

aplicação, não apenas material (noção de dados pessoais), mas também geográfico (prestador estabelecido em Portugal independentemente da origem e do destino dos dados) e subjetivo (i.e. os destinatários do regime jurídico, abrangendo tanto empresas como organismos públicos, e com exclusão de atividades puramente domésticas ou particulares).<sup>1</sup> O tratamento de dados pessoais está sujeito a obrigação de notificação à Comissão Nacional de Proteção de Dados<sup>2</sup> (art. 27º), mero registo ou autorização prévia (e.g. dados sensíveis, dados de crédito e solvabilidade).

A noção de dados pessoais é ampla, abrangendo “seguramente, o nome de uma pessoa a par do seu contacto telefónico ou de informações relativas às suas condições de trabalho ou aos seus passatempos”<sup>3</sup>, incluindo os dados de IP na medida em que tornam identificável a pessoa (Diretiva 67/98, considerando 26). Uma categoria especial de dados, para efeitos de regime, é composta pelos chamados dados sensíveis, incluindo filiação sindical, dados de saúde (físicos ou psíquicos), dados genéticos, vida privada (por ex. orientação sexual, consumo de drogas), raça e etnia, etc.

São *titulares de dados pessoais* apenas as pessoas singulares. Pese embora as pessoas coletivas poderem ter direitos de personalidade que não sejam indissociáveis da personalidade singular<sup>4</sup>, o regime dos dados pessoais é limitado às pessoas singulares.

A noção de tratamento de dados pessoais abrange quaisquer operações (automáticas ou manuais) de recolha, registo, organização, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer forma de colocação à disposição do público, com comparação ou interconexão, bem como bloqueio, apagamento ou destruição (art. 3º-b).<sup>5</sup>

Vários tipos de tratamentos estão isentos da obrigação de notificação à CNPD, em virtude de autorizações concedidas, por exemplo, para o processamento de salários, distribuição de lucros, gestão de utentes de bibliotecas e arquivos, gestão e faturação de contactos com clientes, fornecedores e prestadores de serviços, etc. São excluídos por

---

<sup>1</sup> No que respeita à proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas (dados de tráfego, anonimização e de conservação, comunicações não solicitadas, dados de localização, listas de assinantes) rege a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012 de 29 de agosto, transpondo respetivamente a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, e a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que a altera, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas. A Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, 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 (transposta pela Lei n.º 32/2008 de 17 de julho, art. 6º), que estabelecia o período de conservação de 1 ano foi julgada inválida pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 8 de abril de 2014, proc. C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*. Como vimos atrás, 1 ano é o prazo de conservação de dados a cargo do provedor de conexão previsto na Lei Marco Civil da Internet (art. 13).

<sup>2</sup> A CNPD é a entidade administrativa independente que tutela esta matéria, tendo competências consultivas, decisórias, de fiscalização, e pedagógicas. As consequências da violação do regime de proteção de dados pessoais incluem sanções administrativas, sanções criminais e outras medidas.

<sup>3</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2003, proc. C-101/01, *Bodil Lindqvist*.

<sup>4</sup> Tal como decidiu o Tribunal de Constitucional no seu acórdão n.º 198/95 a propósito da preservação de uma esfera de sigilo para as pessoas coletivas, em especial para os segredos de negócios, no sentido de que o direito ao sigilo da correspondência não é incompatível com a natureza das pessoas coletivas. Todavia, posteriormente, a jurisprudência do TC mostrou-se mais restritiva, pronunciando-se no sentido de que “Não existe no nosso sistema uma equiparação ou presunção de igualdade entre personalidade singular e personalidade coletiva” (acórdãos n.º 569/98 e 174/00).

<sup>5</sup> Vide o acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de maio de 2003, procs. C-465/00, 138/01 e 139/01.

outro lado os tratamentos de dados pessoais efetuados por pessoa singular no âmbito de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas (e.g. listas particulares de contactos).

A videovigilância e outros tratamentos de imagem estão sujeitos a notificação e eventual autorização quando identifiquem ou tornem identificável a pessoa. Excluem-se os sistemas de vigilância privada do domicílio particular, salvo se permitirem captar imagens de vizinhos ou nos condomínios. Todavia, em certos casos, a lei impõe a obrigatoriedade de sistemas de videovigilância privada, por ex. em casinos, bancos e outros estabelecimentos comerciais.<sup>1</sup> Além disso, o art. 7º/3 da Lei 67/98 autoriza o tratamento de dados sensíveis, nomeadamente para fins de exercício ou defesa de um direito em processo judicial e se for efetuado exclusivamente com essa finalidade.<sup>2</sup> De igual modo, os trabalhadores podem estar sujeitos a videovigilância “sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem”, cabendo ao empregador informar “o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados”.<sup>3</sup>

A proibição geral de tratamento de dados pessoais está sujeita a certas causas de licitude de tratamento de dados pessoais (art. 6 da Lei 67/98): o consentimento do titular, a execução de contrato ou diligências prévias à sua formação ou declaração de vontade negocial do titular de dados; a obrigação legal do responsável do tratamento; a proteção de interesses vitais do titular dos dados, a incapacidade para consentir do titular dos dados; a execução de missão de interesse público ou exercício de autoridade pública; a prossecução de interesses legítimos do responsável ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou direitos do titular dos dados. Quanto ao tratamento de dados sensíveis (art. 7º), a regra geral é também a da proibição, ainda que sujeita, todavia, a causas excecionais de licitude, como sejam a existência de consentimento do titular ou de autorização legal específica, a cláusula geral prevista no art. 7º/3, e o regime dos dados de saúde.

O tratamento de dados pessoais rege-se por certos princípios fundamentais, a saber: transparência, finalidade, qualidade dos dados (licitude e lealdade; adequação, pertinência e proporcionalidade; exatidão e atualização). Os titulares dos dados têm diversos direitos, como sejam o direito de acesso aos dados, o direito de informação, bem como o chamado “direito ao esquecimento”, seja pela existência de um prazo máximo de conservação, seja por via da retificação, atualização, apagamento ou bloqueio de acesso aos dados. É ainda previsto o direito a não sujeição a decisão individual automatizada, bem como o direito de oposição, em especial no marketing direto, e o direito ao não tratamento de dados sensíveis. A conservação dos dados está sujeita a um prazo, regendo-se pelos princípios da proporcionalidade e da finalidade.

São obrigações do responsável pelo tratamento preservar a segurança do tratamento de dados e a sua confidencialidade (dever de sigilo), e a obrigação de colaboração,

---

<sup>1</sup> Ver, por ex., Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro (com alterações posteriores).

<sup>2</sup> De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça (acórdão de 20 de junho de 2001), essa hipótese abrangerá os postos de combustíveis.

<sup>3</sup> Art. 20º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com alterações posteriores.

prestando informações, permitindo a realização de inspeções, facultando documentos, etc.

Quanto à transferência de dados pessoais para outros países, rege a liberdade de circulação de dados entre países da União Europeia (art. 18º). Relativamente a países terceiros, se a Comissão considerar que o país terceiro oferece um nível adequado de proteção, permite-se a transferência. Era o que sucedia, por exemplo, com o protocolo de *Safe Harbor* de transferência de dados da União Europeia para os EUA, que todavia o Tribunal de Justiça declarou inválido.<sup>1</sup> Entretanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem sido especialmente relevante no domínio dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas, como o atesta igualmente o acórdão *Google c Costeja González* a propósito do chamado “direito ao esquecimento”. Vejamos.

#### 2.4. “Direito ao esquecimento”?

No acórdão *Google c. Costeja Gonzalez*<sup>2</sup>, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o chamado “direito ao esquecimento” nos termos da 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 Tribunal decidiu que “o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.”

No entender do tribunal, a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre si “deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a

---

<sup>1</sup> Acórdão de 6 de outubro de 2015, proc. C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*: “1) O art. 25.º, n.º 6, da 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, conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro de 2003, lido à luz dos art.s 7.º, 8.º e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que uma decisão adotada ao abrigo desta disposição, como a Decisão 2000/520/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46 relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ), emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América, através da qual a Comissão Europeia constata que um país terceiro assegura um nível de proteção adequado, não obsta a que uma autoridade de controlo de um Estado-Membro, na aceção do art. 28.º desta diretiva, conforme alterada, examine o pedido de uma pessoa relativo à proteção dos seus direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais que lhe dizem respeito que foram transferidos de um Estado-Membro para esse país terceiro, quando essa pessoa alega que o direito e as práticas em vigor neste último não asseguram um nível de proteção adequado. 2) A Decisão 2000/520 é inválida.” De notar que, em fevereiro de 2016, a União Europeia e os EUA chegaram a um acordo sobre a transferência de dados pessoais, denominado “*Privacy Shield*” (Escudo de Privacidade).

<sup>2</sup> Acórdão de 13 de maio de 2014, proc. C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc c. Associação Espanhola de Dados Pessoais (AEPD) c. Mário Costeja Gonzalez* (pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Nacional).

constatação desse direito pressupõe que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos arts. 7.º e 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.”<sup>1</sup>

A Diretiva 95/46 garante às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento, consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o regime estabelecido pela Diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados (art. 12º/b). No caso em concreto, o nome do cidadão espanhol aparecia numa lista de resultados de pesquisa do Google no âmbito de um processo de dívidas já antigo. O cidadão espanhol solicitou a remoção desse resultado, que considerava ofensivo da sua hora e bom nome, mas a empresa Google alegou que não tinha o dever de proceder a esse bloqueio, desde logo por não estar estabelecida na União Europeia, tendo aí apenas uma sucursal que geria o negócio da publicidade.

O Tribunal de Justiça considerou, relativamente ao âmbito de aplicação territorial da Diretiva, que um único operador económico deve ser tratado como uma única entidade jurídica. Sendo a publicidade, feita pela filial espanhola, o *core business* da *Google Inc.* norte-americana, que processa os dados, então devem ser tratadas como uma mesma entidade para efeitos da lei de dados pessoais.

O Advogado-Geral, cuja opinião não foi seguida pelo Tribunal, alegou o caso *Lindqvist*, no qual o Tribunal considerara que o carregamento de informação numa página web não seria uma transferência de dados para fora da EU. Mais alegou que o tratamento de dados é passivo, que a Google apenas fornece um instrumento de localização sem controlar os resultados, e, além disso, que seria excessivamente oneroso obrigar as empresas a, caso a caso, proceder à limpeza dos resultados de pesquisa.

O Tribunal de Justiça foi de outro entendimento, decidindo que a Google teria que remover as referências a *Costeja González* da sua lista de resultados e impedir o motor de pesquisa da Google de apresentar a página de origem onde a informação está disponível.

---

<sup>1</sup> Sobre o acórdão *Google c Costeja González*, vide JONES, «Control-alter-delete: the ‘right to be forgotten’», EIPR 2014, p. 595-601; CROWTHER, «Remember to forget me: The recent ruling in *Google v AEDP and Costeja*», *Computer and Telecommunications Law Review*, 20 (2014), p. 163-165; KELSEY, «Google Spain SI and Google Inc. v-. AEPD and Mario Costeja Gonzalez: protection of personal data, freedom of information and the ‘right to be forgotten’», *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 395-400; WIEBE, «Data protection and the internet: irreconcilable interests? The UE Data Protection Reform Package and CJEU case law», *Journal of Intellectual Property Law*, 2015, p. 64-68; Indra SPIECKER, «A new framework for information markets: Google Spain», *Common Market Law Review* 52 (2015), p. 1033-1058.

Quanto ao âmbito de proteção do direito ao apagamento de dados ilegalmente tratados, o Tribunal considera que abrange o direito a ser esquecido. Todavia, os deveres do operador do motor de pesquisa são limitados à sua esfera de controlo, i.e. aos seus algoritmos e resultados de pesquisa, não abrangendo terceiros. Por outro lado, os motores de pesquisa não seriam protegidos pelos “media privileges”.<sup>1</sup>

Todavia, a maior inovação deste acórdão terá sido a definição do âmbito territorial, falando-se a propósito no princípio da territorialidade alargado (*‘principle of territoriality extended’*).<sup>2</sup> A *Google Inc* atribuiu à *Google Spain* o papel de agente comercial de promoção e venda em linha de produtos e serviços publicitários, sem estar envolvido no trabalho do motor de pesquisa.<sup>3</sup>

Contra uma interpretação restritiva o Tribunal entendeu não ser importante a forma jurídica do responsável pelo tratamento na medida em que a filial atua de modo estável e efetivo. Ou seja, a atuação não tem que ser diretamente realizada pelo estabelecimento mas antes apenas no contexto das atividades do estabelecimento. Deste modo, o Tribunal deitou por terra a estratégia das empresas que estabelecem sucursais na União Europeia para tratar dos assuntos comerciais enquanto o tratamento dos dados pessoais é efetuado pelas casas-mãe nos EUA (por ex. *Google, Facebook*).

O tribunal considera, à luz de casos anteriores (*Lindqvist, C-101/01; Satamedia, C-73/07*) que há tratamento de dados na atividade de encontrar dados na internet, indexá-los automaticamente, armazena-los ainda que temporariamente e finalmente disponibilizá-los na internet aos utilizadores a seu pedido segundo uma ordem de preferência determinada pelo motor de pesquisa. Acrescenta que o mero escanear (*scanning*) de informação já é tratamento de dados. O operador do motor de pesquisa é considerado o responsável pelo tratamento, isto é, a pessoa que determina os fins e os meios da atividade relevante dos dados mesmo que não seja a entidade fonte dessa informação.

Na opinião do Tribunal, o responsável pelo tratamento tem um dever de controlo ativo, no sentido de lhe caber o apagamento dos dados ilegalmente tratados mesmo que as pessoas afetadas não tomem medidas nesse sentido (para. 70-72).

Quanto a saber se o Tribunal terá ponderado devidamente os interesses relevantes, nos termos do art. 7º (o chamado *rectangle of interests*), para aferir a licitude do tratamento, ao lado dos interesses do titular dos dados (privacidade) existem os interesses da empresa que opera o motor de pesquisa enquanto intermediário que processa a informação, os interesses de terceiros na liberdade de expressão e de informação, e ainda os interesses do público na receção de informação. Ora, todos estes grupos de

---

<sup>1</sup> Indra SPIECKER, «A new framework for information markets: Google Spain Spiecker», *cit.*, p. 1040-1 (com referência ao caso *Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727*).

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 1041 (“Probably the most spectacular finding of the ECJ is the extension of the Data Protection Directive so as to apply to both the subsidiary and the US-based parent.”).

<sup>3</sup> Nos termos do art. 4º da Diretiva 95/46, sobre o direito nacional aplicável, “1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adotadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais quando: a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável”.

interesses são relevantes e afetados, mas na opinião do Tribunal a proteção de dados e da privacidade sobrepõe-se aos demais (para. 81). Para o efeito, o Tribunal invoca o princípio da interpretação da Diretiva em conformidade com a Carta de Direitos Fundamentais (CDFU), em particular o direito à vida privada consagrado no art. 8 (para. 68-69), comentando-se, a propósito, que o Tribunal de Justiça se tornou num tribunal constitucional de proteção dos direitos humanos, o que de resto seria consequência do desenvolvimento da União Europeia:

“The European court has become a constitutional court protecting individual human rights by further defining the protective width of a provision, the level of infringement and the tests for balancing interests. [...] This development towards a human rights court is a consequence of the development of the EU.”<sup>1</sup>

O Tribunal realça o risco que os motores de pesquisa representam para os dados pessoais e a vida privada, organizando e agregando dados automaticamente a partir de todas as fontes disponíveis. Sendo que a legalidade do armazenamento original dos dados não afasta a ilegalidade do tratamento efetuado pelos motores de pesquisa (para. 83). Em termos económicos, este acórdão levaria ao aumento dos custos de processamento de dados, com possível repercussão no modelo de negócio dos motores de pesquisa. Em síntese:

“What is present there, happens – what remains outside their indexes, does not exist. [...] In consequence, the Court raises the cost of personal data and may thus create new prices in market that so far has not included the data subjects in price models. Search might once more become costly in time and resources”<sup>2</sup>

O Tribunal torna claro que nem toda a publicação de informação em páginas web beneficia das isenções destinadas aos media, deixando assim a porta aberta para a distinção entre publicações editadas, como a *Wikipedia*, mais próximas do jornalismo, dos motores de pesquisa que se limitam a apresentar resultados de forma automática. Embora reconheça o possível interesse público da informação, considera todavia ser necessário ter em conta a natureza da informação, o papel dos dados da pessoa na vida pública, etc., embora não tenha ido ao ponto de desenvolver uma teoria geral dos limites ao direito de imagem.<sup>3</sup>

Todavia, na medida em que parece remeter para o operador do motor de pesquisa a decisão de retirar a informação, sem estabelecer medidas de autoproteção, tal poderia conduzir a ‘entregar os gansos à guarda da raposa’<sup>4</sup>. Além disso, entende-se que a decisão pode colocar as pequenas e médias empresas em maiores dificuldades na concorrência em virtude dos investimentos que serão necessários em pessoal qualificado.

---

<sup>1</sup> Ibid. p. 1055.

<sup>2</sup> Ibid. p. 1049.

<sup>3</sup> Considerando ter havido da parte do Tribunal ‘wise self-restraint’, Ibid. p. 1050.

<sup>4</sup> Ibid. p. 1053 (“This concept thus sets the fox to keep the geese.”).



Podemos perguntar, não obstante, se o direito de autorização prévia não é transformado em direito de retirada. O que parece confrontar o princípio, tanto mais que se afirma não estar cumprida a exceção.

## 2.5. Liberdade de expressão e responsabilidade dos provedores de Internet

No que respeita à liberdade de expressão, em relação com a responsabilidade dos provedores de Internet, a Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrónico estabelece um conjunto de regras sobre a matéria. Por um lado, os Estados-membros ficam impedidos de sujeitar os provedores de internet a uma obrigação geral de controlo dos conteúdos dos utilizadores dos seus serviços. Por outro lado, regula as atividade de mero transporte, armazenagem temporária e alojamento de conteúdos, no sentido de o fornecedor de internet não ser, à partida, responsável pela licitude dos conteúdos transmitidos ou colocados pelos utilizadores dos seus servidores.<sup>1</sup>

Uma questão que tem sido debatida na Europa diz respeito à obrigação de instalação de filtros por parte das provedoras de Internet, de modo a controlarem os conteúdos que circulam na rede, em especial por razões de direitos de autor.<sup>2</sup>

No caso *Scarlet c. Sabam* (proc. C-70/10), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a esclarecer se as Diretivas 2001/29 (direitos de autor na internet) e 2004/48/CE (medidas processuais), conjugadas com as Diretivas 95/46 (dados pessoais), 2000/31 (comércio eletrónico) e 2002/58 (privacidade nas comunicações eletrónicas), interpretadas à luz dos arts. 8.º e 10.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, permitem que os Estados-Membros confirmem competência a um juiz nacional, requerido no âmbito de um processo principal e com base numa única disposição legal que prevê que: «[o juiz] pode igualmente dirigir uma injunção de cessação aos intermediários cujos serviços sejam utilizados por um terceiro para violar os direitos de autor ou um direito conexo», para ordenar a um fornecedor de acesso à Internet (abreviadamente «FAI») o estabelecimento, em relação a toda a sua clientela, em abstrato e a título preventivo, a expensas exclusivas desse FAI e sem limitação no tempo, de um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas, tanto as que entram, como as que saem, transitando pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software *peer-to-peer*, com vista a identificar na sua rede a circulação de ficheiros eletrónicos contendo uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega possuir direitos, e bloquear de seguida a transferência desses ficheiros, seja no momento do pedido, seja no momento do envio.

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, estava em causa saber se essas Diretivas exigem que o juiz nacional, chamado a decidir sobre um pedido de injunção em relação a um intermediário cujos serviços são utilizados por um terceiro para violar

---

<sup>1</sup> Para melhor estudo ficaram os procedimentos de aviso e retirada (*notice and take-down*) consagrados pela norte-americana *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA).

<sup>2</sup> Seguimos de perto o nosso «A Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral: Desenvolvimentos Legislativos e Jurisprudenciais na Europa». *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 123 (2013) p. 53-62.

os direitos de autor, aplique o *princípio da proporcionalidade* quando tiver de se pronunciar sobre a eficácia e o efeito dissuasor da medida requerida’

A Sociedade Belga de autores, compositores e editores (*Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs - Sabam*) requereu uma medida provisória contra um fornecedor de acesso à Internet, a *Scarlet Extended SA*. De acordo com o pedido, a *Sabam* pretendia que fosse declarado que a troca não autorizada, pelo intermediário dos serviços fornecidos pela *Scarlet*, de ficheiros musicais efetuada nomeadamente através de *software peer-to-peer* representava violação dos direitos de autor sobre as obras musicais pertencentes ao seu reportório. Em consequência, a *Sabam* solicitava que a *Scarlet* fosse condenada a fazer cessar essas violações, impossibilitando ou paralisando qualquer forma de envio ou de receção pelos seus clientes, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória.<sup>1</sup>

O tribunal de primeira instância, na decisão de 26 de novembro de 2004, declarou a existência destas violações dos direitos de autor, e mais tarde, na decisão de 29 de junho de 2007, condenou a *Scarlet*, na sequência de peritagem técnica, a cessar essas violações dos direitos de autor, tornando impossível, no prazo de seis meses e sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória de 2,500 euros por cada dia de incumprimento, qualquer forma de envio ou receção pelos seus clientes, através de *software peer-to-peer*, nomeadamente, de ficheiros contendo obra musical do reportório da *Sabam*. Inconformada com esta medida, a *Scarlet* interpôs recurso para o Tribunal de recurso de Bruxelas, o qual apresentou ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial: saber, em suma, se o direito da União e, em especial, os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais permitem que um órgão jurisdicional nacional adote, sob a forma de injunção, uma medida que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem e de bloqueio das comunicações eletrónicas.

Na opinião do advogado-geral do TJUE, os tribunais não podem obrigar os prestadores de serviços de Internet a usar sistemas de bloqueio e de filtragem de conteúdos com o objetivo de proteger os direitos de autor, uma vez que tal sistema representa uma limitação ao direito de confidencialidade das comunicações e de proteção dos dados pessoais e ao direito à informação - direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União. Segundo Pedro Cruz-Villalón, o recurso aos sistemas de bloqueio e de filtragem só seria possível respeitando os requisitos de limitação do exercício dos direitos previstos na CDFU. Pelo que essa medida deveria estar consagrada, de forma clara e acessível, na legislação nacional dos vários países da União Europeia. Nas suas conclusões, o advogado-geral constata que o sistema a instalar deve garantir a filtragem de todas as comunicações de dados que circulam na rede da *Scarlet*, de forma a detetar as que implicam uma violação dos direitos de autor,

---

<sup>1</sup> Por força da legislação nacional, os tribunais competentes belgas podem ordenar por via de injunção a cessação de qualquer violação de um direito de propriedade intelectual. Está previsto, em especial, que quando um terceiro utiliza os serviços de um intermediário para cometer uma violação deste tipo, os tribunais podem adotar injunções de cessação dirigidas a esse intermediário, tal como previsto nas Diretivas 2001/29 (art. 8º/3) e 2004/48 (art. 11º, 3º período).

e garantir o bloqueio das comunicações que impliquem efetivamente uma violação dos direitos de autor, seja ao nível do pedido seja no momento do envio.

A medida de injunção em causa revestiria a forma de uma obrigação de carácter geral destinada a ser alargada, a prazo, de forma permanente a todos os fornecedores de acesso à Internet, afetando duradouramente um número indeterminado de pessoas coletivas ou singulares sem ter em conta a sua relação contratual com a *Scarlet* nem o seu Estado de residência. Seria aplicada em abstrato e a título preventivo, isto é, sem que se tenha verificado previamente uma violação efetiva ou mesmo um risco de violação eminente de um direito de propriedade intelectual. Além disso, a medida de injunção constituiria uma obrigação nova onerando o fornecedor de acesso de Internet com custos de instalação do sistema de filtragem e de bloqueio, e a responsabilidade jurídica e económica pelo controlo da pirataria P2P.

Pelas suas características, a instalação deste sistema de filtragem e de bloqueio constituiria uma limitação dos direitos ao respeito do segredo das comunicações e à proteção dos dados pessoais, e à liberdade de informação, valores protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais. Nesta ordem de ideias, o advogado-geral recordou que a limitação ao exercício destes direitos e liberdades é possível desde que, nomeadamente, esteja «prevista na lei». Em conformidade com a jurisprudência desenvolvida na matéria pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Cruz-Villalón considera que uma limitação ao exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais deve assentar numa base legal que responda às exigências relativas à «qualidade da lei» em causa. Por conseguinte, na sua opinião, uma limitação dos direitos e liberdades dos internautas como a que estava em causa só seria admissível se tivesse uma base legal nacional, acessível, clara e previsível.

Ora, segundo o advogado-geral, não se poderia considerar prevista de forma expressa, prévia, clara e precisa na disposição legal belga em questão, a obrigação de os fornecedores de acesso à Internet instalarem, inteiramente a expensas suas, o sistema de filtragem e de bloqueio. Por conseguinte, propôs que o Tribunal de Justiça declarasse que o direito da União se opõe à adoção por um tribunal nacional, com base na disposição legal belga, de uma medida que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação, relativamente a toda a sua clientela, em abstrato e a título preventivo, exclusivamente a expensas suas e sem limitação no tempo, de um sistema de filtragem de todas as comunicações eletrónicas que passem pelos seus serviços (nomeadamente através de software *peer-to-peer*) com o fim de identificar na sua rede a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual terceiros pretendam deter direitos e seguidamente bloquear a transferência desses ficheiros, ao nível do pedido ou no momento do envio.

Tendo em conta a opinião do advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão de 24 de novembro de 2011, que as Diretivas 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46/, 2002/58, lidas conjuntamente e interpretadas à luz das exigências resultantes da proteção dos direitos fundamentais aplicáveis, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma medida inibitória que ordena a um fornecedor de acesso à Internet a instalação de um sistema de filtragem

- de todas as comunicações eletrônicas que transitam pelos seus serviços, nomeadamente através da utilização de software «peer-to-peer» (1)
- que se aplica indistintamente a toda a sua clientela (2)
- com caráter preventivo (3)
- exclusivamente a expensas suas (4) e
- sem limitação de tempo (5)
- capaz de identificar na rede desse fornecedor a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual (6),
- com o objetivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor (7).

O Tribunal ponderou a necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual, por um lado, e a liberdade de empresa do FAI, a proteção dos dados pessoais e a liberdade de informação dos utilizadores, por outro. Segundo o TJUE, a instalação deste sistema de filtragem implicaria que o FAI identificasse:

1º na totalidade das comunicações eletrónicas de todos os clientes, os ficheiros que fazem parte do tráfego P2P;

2º no quadro desse tráfego, os ficheiros que contêm obras sobre as quais os titulares dos direitos de propriedade intelectual alegam deter direitos;

3º que determinasse quais desses ficheiros eram trocados ilicitamente;

4º que procedesse ao bloqueio do intercâmbio de ficheiros que considerasse ilícito.

Deste modo, essa vigilância preventiva exigiria uma observação ativa da totalidade das comunicações eletrónicas efetuadas na rede do FAI em causa e, portanto, englobaria toda e qualquer informação a transmitir e todos os clientes que utilizam essa rede. Em suma,

“a medida inibitória aplicada ao FAI em causa de instalar o sistema de filtragem controvertido obrigaria a proceder a uma vigilância ativa de todos os dados relativos aos seus clientes a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual. Daqui se conclui que a referida medida inibitória imporia a esse FAI uma vigilância geral que é proibida pelo art. 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31. A referida medida inibitória implicaria uma violação da liberdade de empresa do FAI em causa, dado que o obrigaria a instalar um sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente a expensas suas, o que de resto seria contrário às condições previstas no art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48, que determina que as medidas para assegurar o respeito dos direitos de propriedade intelectual não sejam desnecessariamente complexas ou onerosas.

Acresce que os efeitos da referida medida inibitória não se limitariam ao FAI em causa, sendo o sistema de filtragem controvertido também suscetível de violar os direitos fundamentais dos clientes desse FAI, a saber, o seu direito à proteção dos dados pessoais, bem como a sua liberdade de receber ou de enviar informações, direitos que são protegidos pelos arts. 8º e 10º da Carta. Com efeito, é ponto assente, por um lado, que a medida inibitória que ordena a instalação do sistema de filtragem controvertido

implicaria uma análise sistemática de todos os conteúdos e a recolha e identificação dos endereços IP dos utilizadores que estão na origem do envio de conteúdos ilícitos na rede, sendo esses endereços dados pessoais protegidos, uma vez que permitem a identificação precisa dos referidos utilizadores.”

Além disso, a referida medida inibitória correria o risco de violar a liberdade de informação, dado que esse sistema poderia não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito. Sendo que a resposta à questão da licitude de uma transmissão dependeria também da aplicação de exceções legais aos direitos de autor que variam de um Estado-Membro para outro, já que em certos Estados-Membros determinadas obras podem pertencer ao domínio público ou os autores em causa optar por colocá-las gratuitamente à disposição do público na Internet.

O acórdão do Tribunal de Justiça parece ir mais longe do que a opinião do Advogado-Geral, no que respeita à substância da causa, já que este terá deixado em aberto a possibilidade de essa medida ser ordenada, ao abrigo da legislação nacional, desde que prevista em norma acessível, clara e previsível. Ao passo que o TJ afirma, claramente, que essa injunção seria contrária à proibição de sujeitar os FAI a uma obrigação de vigilância geral, aos regimes de proteção de dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas e, ainda, ao direito fundamental de receber e trocar informação consagrado na CDFU.

O TJ recorda ainda que a violação de direitos de autor através de partilha em rede P2P depende da legislação de cada Estado-Membro. Não obstante, poderá encontrar-se neste acórdão do TJ uma sugestão de reflexão sobre a necessidade de maior harmonização das utilizações livres na União Europeia, visto que um tal sistema de filtragem e bloqueio de comunicações eletrónicas poderia impedir utilizações livres de obras protegidas por direitos de autor em determinados Estados-Membros.

Em conclusão, o Tribunal de Justiça erige a liberdade de informação, juntamente com a proteção dos dados pessoais e da privacidade, como valor fundamental da ordem jurídica da União Europeia, perspetivando os direitos de autor na Internet numa ótica de concorrência de direitos fundamentais segundo uma retórica argumentativa própria da metódica constitucional.<sup>1</sup> Podemos até afirmar que, neste acórdão, o TJ afirmou-se, claramente, com jurisdição constitucional em sede de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Não obstante, no acórdão de 27 de março de 2014<sup>3</sup>, o Tribunal de Justiça pronunciou-se favoravelmente à possibilidade de uma injunção judicial contra um fornecedor de acesso, verificados certos requisitos. Nos termos do acórdão *Telekabel*,

---

<sup>1</sup> Desenvolvemos o tema da conciliação constitucional da liberdade de informação com os direitos de autor na nossa tese de doutoramento *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, 3.

<sup>2</sup> Posteriormente, a jurisprudência do acórdão *Sabam c. Scarlet* foi confirmada no acórdão *Sabam c. Netlog*, de 16 de fevereiro de 2012 (proc. C-360/10, SABAM c. Netlog NV, ECLI:EU:C:2012:85).

<sup>3</sup> *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, Proc. C-314/12. ECLI:EU:C:2014:192.

«Os direitos fundamentais consagrados pelo direito da União devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que, através de uma injunção decretada por um juiz, um fornecedor de acesso à Internet seja proibido de facultar aos seus clientes o acesso a um sítio Internet em que é colocado em linha material protegido, sem a autorização dos titulares de direitos, quando essa injunção não especifica as medidas que esse fornecedor de acesso deve tomar e quando este último pode evitar, através da prova de que tomou todas as medidas razoáveis, as sanções pecuniárias compulsórias destinadas a reprimir a violação da referida proibição, desde que, por um lado, as medidas tomadas não impeçam desnecessariamente os utilizadores da Internet de acederem licitamente às informações disponíveis e, por outro, essas medidas tenham o efeito de impedir ou, pelo menos, de tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de material protegido e de desencorajar seriamente os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços do destinatário dessa mesma injunção de consultar esse material, colocado à sua disposição em violação do direito da propriedade intelectual, o que cabe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar.»

## 2.6. A neutralidade tecnológica

A neutralidade tecnológica é igualmente uma máxima do direito da União Europeia para a Internet.<sup>1</sup> Transpondo Diretivas da UE, a lei portuguesa das comunicações eletrónicas<sup>2</sup> prevê no art. 35º a eliminação de restrições às *neutralidades* tecnológica e de serviços. O novo art. 16º-A sob epígrafe “Neutralidade tecnológica e de serviços na gestão do espectro”, estabelece que compete à ARN garantir os princípios da neutralidade tecnológica e da neutralidade de serviços. O primeiro 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). O segundo significa 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).

A ARN apenas pode estabelecer restrições a estes princípios se as restrições forem proporcionais, não discriminatórias e justificadas quanto à tecnologia utilizada para os serviços de comunicações eletrónicas e se forem necessárias para evitar interferências prejudiciais (a), proteger a população da exposição a campos eletromagnéticos (b), garantir a qualidade técnica do serviço (c), garantir a maximização da partilha das frequências (d), salvaguardar a utilização eficiente do espectro (e) ou assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral definido nos termos da lei (nº 2). Além disso, a ARN pode também “estabelecer restrições proporcionais e não discriminatórias quanto aos tipos de serviços de comunicações eletrónicas a oferecer, nomeadamente, tendo em vista, sempre que necessário, o cumprimento de requisitos

---

<sup>1</sup> ANACOM, Quadro regulamentar para as comunicações eletrónicas: União Europeia – disponível em <http://www.anacom.pt>

<sup>2</sup> Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro (com alterações posteriores).

previstos nos regulamentos das radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT)” (nº 3).

Quanto a restrições à *neutralidade de serviços*, a ARN pode 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 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, excecionalmente, para satisfazer outros objetivos de interesse geral previstos na lei, por outro lado (art. 16º-A/4). Para efeitos deste regime entende-se por “objetivos específicos de interesse geral”, nomeadamente, a segurança da vida humana, a promoção da coesão social, regional ou territorial, a prevenção de utilizações ineficientes das frequências, bem como a promoção da diversidade cultural e linguística e do pluralismo dos meios de comunicação, designadamente através do fornecimento de serviços de programas televisivos ou de rádio (art. 16º-A/5). As restrições tanto à neutralidade tecnológica como à neutralidade de serviços devem ser publicitadas no âmbito do QNAF, cabendo à ARN reavaliar, anualmente, a necessidade da sua manutenção (art. 16º-A/6).

Posteriormente, na União Europeia, foi aprovado o Regulamento 2015/2120 sobre Internet<sup>1</sup>, consagrando o princípio da neutralidade tecnológica no sentido da não ser imposta a utilização de um tipo específico de tecnologia nem estabelecida qualquer discriminação que a favoreça (considerando 2). O Regulamento procura preservar o desenvolvimento da 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” (considerando 3, 1ª parte). Todavia, as medidas adotadas são consideradas necessárias e adequadas 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. Essas tendências exigem que se estabeleçam a nível da União regras comuns que assegurem a abertura da Internet e evitem a fragmentação do mercado interno em resultado de medidas adotadas pelos Estados-Membros a título individual” (considerando 3, 2ª parte).

O princípio da neutralidade tecnológica não é consagrado, enquanto tal, na letra da lei, mas antes como garantia de acesso à internet aberta estabelecida no artigo 3º do regulamento, nos termos do qual é direito dos utilizadores finais “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,

---

<sup>1</sup> 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 e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) Nº 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União.

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 (nº 1). Este direito de acesso aberto não pode ser limitado por “acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os utilizadores finais sobre as condições comerciais e técnicas e sobre as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à Internet” (nº 2).

Por outro lado, sobre os prestadores de serviços de acesso à Internet impende um dever de 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 (nº 3).

O conceito de medidas razoáveis de gestão de tráfego é objeto de desenvolvimentos normativos. Com efeito, são consideradas razoáveis as medidas de gestão do tráfego que cumpram certos requisitos, a saber: transparência, não discriminação, proporcionalidade e justificação objetiva por razões de qualidade técnica. Nos termos do nº 3 do art. 3º:

“Para que possam ser consideradas razoáveis, essas medidas devem ser transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, e não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas sim na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego. Essas medidas não podem ter por objeto o controlo de conteúdos específicos, nem podem ser mantidas por mais tempo do que o necessário. Os prestadores de serviços de acesso à Internet não podem estabelecer medidas de gestão do tráfego mais gravosas do que as medidas previstas no segundo parágrafo, e, em particular, não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário, para:

- a) Dar cumprimento aos atos legislativos da União ou à legislação nacional conforme com o direito da União a que o prestador de serviços de acesso à Internet está sujeito, ou às medidas conformes com o direito da União que dão execução a esses atos legislativos da União ou a essa legislação nacional, incluindo decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes;
- b) Preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos utilizadores finais;
- c) Prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.”

Em relação aos dados pessoais, as medidas de gestão do tráfego só podem envolver o tratamento de dados pessoais se esse tratamento for necessário e proporcionado em



relação à realização dos objetivos previstos no nº 3 (cumprir a lei, preservar a integridade e a segurança da rede, e prevenir ou atenuar congestionamento da rede) e respeitar o regime estabelecido pelas Diretivas 95/46/CE e 2002/58/CE (nº 4).

Por outro lado, o Regulamento ressalva expressamente a possibilidade de 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 oferecerem serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos. Todavia, tal só é possível “*caso a otimização seja necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico*” (nº 5, *itálico nosso*).

Além disso, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público, incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet, 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 esses serviços podem 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 (nº 5, 3 e 4 per.).

Para que possam ser consideradas razoáveis, essas medidas devem ser transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, e não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas sim na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego.

Tal como consagrado, o princípio da neutralidade da rede, enquanto garantia de acesso aberto, retira aos prestadores de serviços de acesso a possibilidade de negociarem o tráfego com os fornecedores de conteúdos, serviços e aplicações, por exemplo estabelecendo tarifários diferenciados para diferentes velocidades de transferência, já que não podem estabelecer medidas de gestão de tráfego baseadas “em questões de ordem comercial”, mas apenas por razões de qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego e na medida em que não tenham por objeto o controlo de conteúdos específicos. Os provedores de comunicações eletrónicas podem oferecer serviços otimizados para determinados conteúdos, aplicações ou serviços, mas apenas se a otimização for necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico.

Em suma, a diferenciação só é permitida quando encontrar justificação adequada em razões de qualidade técnica objetivamente diferente.

### **Conclusão**

O Marco Civil é um passo em frente no sentido de uma regulação da internet conforme com os padrões constitucionais. Põe fim à ideia, por vezes veiculada, de que o ciberespaço é uma ‘terra sem rei nem roque’ (*no man’s land*) e, enquanto *Magna Carta* dos usuários da Internet, reafirma a vigência dos valores constitucionais básicos no mundo digital.

O Marco Civil não trata de todas as questões jurídicas da Internet. Por exemplo, as matérias relativas à propriedade intelectual são praticamente omissas, tanto em sede de

pirataria de direitos autorais na Internet, como as questões das patentes de software, das bases de dados<sup>1</sup>, ou ainda dos nomes de domínio<sup>2</sup>. De igual modo, o Marco Civil não regula as questões suscitadas pelo jogo em linha, em especial as apostas desportivas<sup>3</sup>, e a problemática do tribunal competente e lei aplicável em questões de direito privado.<sup>4</sup>

De todo o modo, não era – nem tinha que ser - o propósito do Marco Civil codificar todo o direito aplicável a litígios relacionados com a Internet, senão afirmar os princípios fundamentais que devem reger a sociedade em rede e regular alguns aspetos mais carecidos de tutela, como os dados pessoais e o papel dos provedores de internet.

Este trabalho abordou alguns aspetos dessa lei confrontando-os com as soluções vigentes no direito da União Europeia, com destaque para a problemática da proteção dos dados pessoais, o chamado direito ao esquecimento e o papel dos provedores de Internet, tendo em conta importantes acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, e cuja jurisprudência impacta não apenas diretamente os Estados-Membros da União, mas também indiretamente os países de outras partes do mundo. Será interessante, no futuro, acompanhar a jurisprudência do Brasil com referência ao Marco Civil, comparando-a com a jurisprudência do TJUE e saber se, por essa via, a globalização tecnológica vai junto com a globalização jurídica, já que para problemas semelhantes se justificam soluções semelhantes dentro de um mesmo universo cultural. Parece-nos que é por aí, e não pela criação de mais um tribunal – como já foi proposto<sup>5</sup>-, que se deve caminhar. A cultura jurídica democrática assenta no diálogo e na colaboração entre ordens jurídicas distintas, mas ainda assim semelhantes. O futuro do direito da Internet e quem sabe da própria Internet terá muito a ganhar com um diálogo mais intenso entre o Brasil e a União Europeia.

---

<sup>1</sup> Vide, por ex., com referências, os nossos «Patentes de programas de computador e métodos de negociação na Internet» e «Pirataria e cópia privada», in *Direito da Sociedade da Informação*, org. J. Oliveira Ascensão, Vol. IX, APDI, Coimbra Editora, 2011, respetivamente p. 111-123 e p. 125-138; Id., «Internet, direito autor e acesso reservado», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação, Atas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de abril de 1998*, Dir. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1999, p. 263-273; Id., «Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador», *Direito Industrial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 385-429; «Direitos de autor, da Imprensa à Internet», *Revista da ABPI* nº 64 (2003), p. 21-28; Id., «Direito de autor, liberdade eletrónica e compensação equitativa», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81 (2005), p. 441-509; Id., «A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, org. J. Oliveira ASCENSÃO, Coimbra Editora, 2008, p. 329-361; Id., «A Liberdade de Navegação na Internet: Browsers, Hyperlinks, Meta-tags», *Estudos de Direito da Comunicação*, org. A. Pinto Monteiro, Coimbra, 2002, p. 227-260; Id. «Bases de dados e direito *sui generis*», *Direito Industrial*, Vol. VII, org. J. Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2010, p. 373-395; Id., «Fair use e direitos de autor (entre a regra e a exceção)», *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva, Volume I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 853-869.

<sup>2</sup> Vide o nosso «Nomes de domínio (novo regime), firmas e marcas», *Revista de Direito Intelectual*, Nº 01, 2015, p. 145-164. Em língua inglesa, o nosso estudo com Carla VALÉRIO, «PORTUGAL ('.pt')», in Torsten BETTINGER, Allegra WADDELL, *Domain Name Law and Practice – An International Handbook*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 733-755.

<sup>3</sup> Ver, por ex., o nosso «Media rights and online betting in football matches under Portuguese law», *The International Sports Law Journal*, 14 (2014), p. 167-178.

<sup>4</sup> Ver, com mais indicações, os nossos «A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)», *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, vol. 77 (2001), p. 633-687; Idem, «Portugal», Toshiyuki KONO (ed.), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart, 2012, p. 877-939.

<sup>5</sup> Daniel Freire e ALMEIDA, *Um Tribunal Internacional para a Internet*, Almedina, Coimbra, 2015.

## DISTRIBUIÇÃO ONLINE E CONCORRÊNCIA: AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO MERCADO DIGITAL \*

### As redes de distribuição

A organização de redes de distribuição passa frequentemente pela atribuição de território exclusivo ao distribuidor. Isto significa que o produtor ou fornecedor se obriga a não vender os seus produtos diretamente ou por intermédio de outros distribuidores a clientes desse território. A proteção territorial absoluta é uma restrição grave à concorrência<sup>1</sup>. Ao invés de concorrerem entre si, o produtor e os distribuidores repartem territorialmente o mercado, distorcendo o bom funcionamento do mercado e privando os consumidores dos benefícios gerados pela concorrência.

Todavia, o direito da concorrência não proíbe de pleno as redes de distribuição. No acórdão *Pronuptia* o Tribunal de Justiça decidiu que a compatibilidade dos acordos de licenciamento de distribuição, como os acordos de franquia, com o então artigo 85 do TCE (agora artigo 101 TFUE) não se determina em abstrato, mas antes em função das cláusulas que integrem esses contratos e do contexto económico em que estes se inserem. Assim, excluiu diversas cláusulas da noção de restrição à concorrência ao abrigo da doutrina das restrições acessórias<sup>2</sup>, como sejam (1) as cláusulas indispensáveis para impedir que o saber-fazer («know-how») transmitido e a assistência prestada pelo licenciante beneficiem os seus concorrentes, e (2) as cláusulas que estabelecem o controlo indispensável para a preservação da identidade e da reputação da rede, simbolizada pela sua insígnia. De igual modo, não considerou restrição à concorrência a comunicação pelo licenciante ao licenciado dos preços indicativos, desde que não exista, entre o licenciante e os licenciados, ou entre estes, uma prática concertada com vista à aplicação efetiva desses preços. Já as cláusulas que estabelecem uma repartição dos mercados entre o licenciante e os licenciados, ou entre estes, foram consideradas uma restrição à concorrência para efeitos do número 1 do artigo 85, embora suscetíveis de beneficiar de isenção ao abrigo do número 3 do mesmo artigo.

---

\* Texto elaborado para o Colóquio “Distribuição Comercial - Nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência”, que teve lugar no dia 23 de setembro de 2016, organizado pelo Grupo Contrato e Desenvolvimento Social do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>1</sup> Sobre esta matéria ver, por todos, João Calvão da Silva, «Concessão comercial e direito da concorrência», *Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 2001; Miguel Gorjão-Henriques, *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia à franquia de distribuição*, Coimbra, Almedina, 1998; Sónia A. Mota de Carvalho, *Os contratos de distribuição comercial e o direito da concorrência na União Europeia*, Coimbra, 2002. O artigo 9º da Lei 19/2012 proíbe de acordos, decisões de associações e práticas concertadas entre empresas contrárias à concorrência. A proibição abrange os acordos ou práticas concertadas com objetivo ou efeito anticoncorrencial. São enumerados grupos de casos sensíveis como sejam: a fixação de preços (cartéis de preços) ou outras condições de transação, o controlo da produção, distribuição e desenvolvimento técnico (a); a repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento (b); condições discriminatórias (c); a subordinação do contrato a prestações suplementares estranhas ao seu objeto (d); a recusa de venda ou compra de bens e de prestação de serviços (e). Trata-se de proibição de ordem pública económica, sancionando a lei com nulidade os contratos ou acordos que a violem - artigo 10º/2 da Lei 19/2012 e art. 102º/2 TFUE.

<sup>2</sup> Acórdão de 28 de janeiro de 1986, proc. 161/84, *Pronuptia*, ECLI:EU:C:1986:41.

Além disso, os sistemas de distribuição, como a concessão comercial e a distribuição seletiva, beneficiaram de isenções ao abrigo deste preceito, que mais tarde foram codificadas em regulamento de isenção por categoria de acordos verticais e práticas concertadas.<sup>1</sup> As isenções por categoria de acordo estão sujeitas a certos requisitos: (1) as partes não podem ter uma quota de mercado superior a 30%; e (2) os acordos não podem conter restrições graves, como sejam (i) a fixação do preço de revenda, do território ou da zona de clientes do distribuidor, salvo exceções para a distribuição exclusiva ou seletiva, (ii) a proibição de venda passiva na distribuição exclusiva e a proibição de venda a utilizadores finais na distribuição seletiva, embora podendo ser limitada a outros distribuidores autorizados, e (iii) a proibição de o fabricante de peças sobresselentes as vender a utilizadores finais, reparadores independentes ou prestadores de serviços.

Com a internet as fronteiras geográficas esbatem-se, afetando a organização das redes de distribuição. A internet coloca à disposição do produtor e dos distribuidores um novo canal de comércio, que não exige a deslocação física dos clientes ao estabelecimento, ao mesmo tempo que lhes permite um acesso rápido a informação sobre preços e qualidades dos produtos desejados.

Pode o fornecedor proibir o distribuidor de vender pela Internet? Pode impedi-lo de negociar com clientes que pertencem a territórios ou áreas de outros distribuidores? Pode limitar as quantidades ou exigir preços mais elevados para os produtos destinados à venda online? Pode proibir o distribuidor de fazer publicidade em linha dirigida a clientes do território de outros distribuidores, por exemplo através de faixas publicitárias ou motores de pesquisa? Pode obrigar o distribuidor a dispor de estabelecimento tradicional com instalações físicas?

### **O acórdão *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique***

Para ilustrar a problemática que nos ocupa começemos pela análise de um caso decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Vigora atualmente o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102/1, 23.4.2010. Substituiu o Regulamento (CE) n.º 2790/1999. Como auxílio de interpretação deste regulamento veja-se a Comunicação da Comissão Orientações relativas às restrições verticais, JO C 130/01, 19.5.2010. Em alguns setores como os veículos automóveis e os seguros foram adotados regulamentos especiais: ver Regulamento (UE) n.º 461/2010 da Comissão de 27 de maio de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis, JO L 129/52, 28.5.2010; Regulamento (CE) n.º 358/2003 da Comissão de 27 de fevereiro de 2003 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no setor dos seguros. Ao regulamento de isenção de acordos verticais juntam-se o Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º a certas categorias de acordos de especialização, JO L 304, de 5.12.2000, p. 3; o Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento, J.O. L 304, de 5.12.2000, p. 7; e o Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 27 de abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO n.º L 123, de 2004-04-27, p.11), sobre o qual veja-se a Comunicação da Comissão, Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia, JO n.º C 101, de 2004-04-27, p. 2.

<sup>2</sup> Acórdão de 13 de outubro de 2011, proc. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649.

Uma empresa francesa de produtos cosméticos e de higiene pessoal – a *Pierre Fabre* – utilizava no âmbito de um sistema de distribuição seletiva uma cláusula contratual nos termos da qual as vendas dos seus produtos seriam feitas apenas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em Farmácia. Na prática, através desta cláusula, a empresa proibia a utilização da Internet por parte dos seus distribuidores.

A autoridade da concorrência francesa considerou a cláusula inválida, enquanto restrição por objetivo, desprovida de justificação objetiva em razão nomeadamente das propriedades dos produtos em causa - recorde-se, produtos cosméticos e de higiene pessoal. As vendas pela Internet não exigem a deslocação física do cliente. Excluir de facto esta nova modalidade de comercialização significaria na prática limitar consideravelmente a possibilidade de os produtos serem vendidos a clientes situados fora do território ou da zona de atividade do distribuidor. Seria por isso uma restrição da concorrência proibida pelo artigo L. 420-4, n.º 1, do Código Comercial (que incorpora o direito da concorrência) e pelo então artigo 81 do TCE (agora Artigo 101 TFUE).

A *Pierre Fabre* alegou em sua defesa que (1) utilizava um sistema de distribuição seletiva não abrangido pela proibição do (então) artigo 85/1; (2) mesmo que fosse abrangido, a sua quota de mercado seria inferior a 30% e beneficiaria de isenção ao abrigo do artigo 4, al. c) do Regulamento 2789/1999, relativo à aplicação do artigo 81º/3 a categorias de acordos verticais e de práticas concertadas. A *Pierre Fabre* justificou a proibição de venda pela Internet em razão de contribuir para melhorar a distribuição dos seus produtos cosméticos, prevenindo os riscos de contrafação e de parasitismo entre locais autorizados, garantindo através da exigência da presença de um licenciado em Farmácia nos locais de venda a prestação do aconselhamento e a cobertura do respetivo custo por cada distribuidor.

Todavia, a autoridade da concorrência francesa recordou que os produtos cosméticos e de higiene pessoal não são medicamentos, pelo que não se justificaria tratá-los, ao nível da distribuição, como medicamentos, tanto mais que não compete aos licenciados em Farmácia fazer diagnósticos de saúde. Para o efeito, a autoridade da concorrência mobilizou o acórdão *Deutscher Apotheker*<sup>1</sup>. No entender da autoridade, os efeitos da utilização dos produtos não seriam observáveis no momento da venda, não se justificando por isso a presença física de licenciado em Farmácia. Além disso, um sítio da Internet não seria um lugar de comercialização, mas antes um canal alternativo de vendas, como a venda direta numa loja ou a venda por catálogo usada por distribuidores com postos de venda físicos. Pelo que não seria abrangida pela ressalva do artigo 4, al. c) do regulamento. Finalmente, a *Pierre Fabre* não teria feito prova de poder beneficiar de isenção individual ao abrigo do artigo 81/3 TCE e do artigo L 420-4/1 do código comercial francês.

A *Pierre Fabre* interpôs recurso de anulação desta decisão. A *cour d'appel* de Paris suspendeu a instância e perguntou ao Tribunal de Justiça (1) se a proibição geral e absoluta de vender pela Internet aos utilizadores finais, imposta aos distribuidores autorizados no âmbito de uma rede de distribuição seletiva, constitui uma restrição

---

<sup>1</sup> Acórdão de 11 de dezembro de 2003, proc. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, ECLI:EU:C:2003:664.

grave da concorrência por objetivo na aceção do então artigo 81 TCE (agora 101 do TFUE), (2) se essa restrição não está abrangida pela isenção por categoria prevista no então Regulamento n.º 2790/1999, (3) e se pode beneficiar de uma isenção individual nos termos do então artigo 81/3 TCE.

No essencial, o Tribunal de Justiça confirmou os fundamentos da decisão da autoridade da concorrência. Para começar, o Tribunal de Justiça recorda que efetivamente a proibição dos cartéis não abrange os sistemas de distribuição seletiva – caracterizada pela proibição de venda dos produtos a distribuidores não autorizados – quando estes prossigam objetivos legítimos, uma vez que a organização de uma rede de distribuição seletiva pode contribuir para melhorar a concorrência, quando esta não é baseada apenas nos preços. Todavia, para não ser abrangida pela proibição do artigo 101/1 TFUE, é necessário que se verifiquem certos requisitos: (1) a recolha dos revendedores deve ser feita em função de critérios objetivos de carácter qualitativo, fixados uniformemente para todos os potenciais revendedores e aplicados de modo não discriminatório, (2) as propriedades do produto em causa exijam, para preservar a qualidade e assegurar a sua correta utilização, que exista uma rede de distribuição; e (3) os critérios definidos não ultrapassem a medida do necessário.

Ora, o tribunal recorda que, em outros acórdãos não acolheu os argumentos de que a proibição de venda pela internet se justificaria pela necessidade de dar um conselho personalizado ao cliente e de assegurar a sua proteção contra uma utilização incorreta dos produtos no âmbito da venda de medicamentos que não estão sujeitos a prescrição médica (*Deutscher Apothekerverband*) e de lentes de contacto (*Ker-Optika*<sup>1</sup>). Por outro lado, o tribunal considera que, relativamente à venda de produtos cosméticos e de higiene pessoal, o objetivo de preservar a imagem de prestígio desses produtos não constitui um objetivo legítimo para restringir a concorrência e por isso não justifica que uma cláusula contratual que prossiga esse objetivo não seja abrangida pelo artigo 101/1 do TFUE.

Quanto à isenção ao abrigo do artigo 4, al. c) do Regulamento 2789/1999, o Tribunal recordou que esta isenção não abrange acordos verticais que tenham por objeto a restrição de vendas ativas ou passivas a utilizadores finais por membros de um sistema de distribuição seletiva que operam ao nível retalhista, ressalvando, todavia, a possibilidade de proibir um distribuidor de atuar a partir de um local de estabelecimento não autorizado. Ora, no entender do Tribunal a cláusula contratual controvertida visa, no mínimo, restringir as vendas passivas aos utilizadores finais que pretendam comprar pela Internet e que estejam fora da zona de localização física do respetivo distribuidor. É uma restrição grave, enquanto limitação territorial da atuação do distribuidor, que não beneficia de isenção. Por outro lado, a expressão “local de estabelecimento” significaria pontos de venda onde se pratiquem vendas diretas, pelo que uma cláusula que proíbe de facto a comercialização pela Internet não poderia ser considerada uma cláusula que proíbe os distribuidores selecionados de operarem a partir de um local de

---

<sup>1</sup> Acórdão de 2 de dezembro de 2010, proc. C-108/09, *Ker-Optika*, ECLI:EU:C:2010:725, nos termos do qual “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.”

estabelecimento não autorizado na aceção da referida norma. A expressão “local de estabelecimento” seria insuscetível de interpretação extensiva em virtude de “as empresas terem a faculdade de, em todas as circunstâncias, invocar, a título individual, a aplicação da exceção legal do artigo 101/3 TFUE”<sup>1</sup>.

Com efeito, a cláusula poderá beneficiar a título individual da aplicação da exceção legal do artigo 101/3 do TFUE se estiverem reunidos os requisitos do balanço económico, i.e., se (1) gerar ganhos de eficiência, (2) for indispensável, (3) reverter para os consumidores uma parte equitativa dos seus benefícios, e (4) não eliminar a concorrência. Nesse sentido, o TJUE remeteu para a *cour d’appel* de Paris a verificação, no caso concreto, destes requisitos, por considerar não dispor de elementos suficientes para proceder a essa apreciação.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça conheceu desenvolvimentos posteriores, em especial mais recentemente o caso *Eturas*<sup>2</sup> relativo à prática de um administrador de um sistema de informação destinado a permitir às agências de viagens venderem viagens no seu sítio Internet, segundo um método de reservas uniforme, de enviar a esses operadores económicos, através de uma caixa de correio eletrónica pessoal, uma mensagem advertindo-os de que os descontos relativos aos produtos vendidos através desse sistema passarão a ser limitados. Estava em causa saber se o artigo 101/1 do TFUE abrange essa prática, quando, na sequência da difusão da referida mensagem, o sistema em causa sofre as alterações técnicas necessárias para aplicar essa medida.

O Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente, considerando que “se pode presumir que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa.”<sup>3</sup>

### **As Orientações da Comissão relativas às restrições verticais**

As vendas online dos distribuidores são previstas nas Orientações da Comissão relativas às restrições verticais<sup>4</sup>. Pese embora não serem vinculativas, fornecem a digesta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e nessa medida assumem relevante valor interpretativo. Com efeito, é de supor que a Comissão interpretará os regulamentos sobre isenções por categoria à luz das referidas Orientações, pelo que tendencialmente as empresas atuarão em conformidade com elas.

---

<sup>1</sup> Proc. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, para. 57.

<sup>2</sup> Acórdão de 21 de janeiro de 2016, proc. C-74/14, *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42.

<sup>3</sup> Proc. C-74/14, *Eturas*, para. 50. Quanto à questão da prova, o Tribunal de Justiça decidiu remeter para o órgão jurisdicional de reenvio o exame, “com base nas regras nacionais que regulam a apreciação das provas e o nível da prova exigido, se, à luz de todas as circunstâncias que lhe são submetidas, o envio de uma mensagem, como a que está em causa no processo principal, pode constituir uma prova suficiente para determinar que os seus destinatários tinham conhecimento do seu conteúdo. A presunção de inocência opõe-se a que o órgão jurisdicional de reenvio considere que o simples envio dessa mensagem possa constituir uma prova suficiente para demonstrar que os seus destinatários deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo.”

<sup>4</sup> *Orientações relativas às restrições verticais*, JO C 130/01, 19.5.2010.

A distinção entre vendas ativas e vendas passivas reveste neste contexto especial relevância. A Comissão afirma, como princípio geral, a liberdade das vendas pela Internet, enquanto via para o distribuidor chegar a uma clientela mais vasta e diversificada. Todavia, esta liberdade vale apenas para as vendas passivas, i.e., quando o cliente visita o sítio web do distribuidor e na sequência dessa visita o cliente contacta o distribuidor, daí resulta uma venda, ou quando uma venda resulta de uma informação recebida pelo cliente na sequência de ter optado por receber, por exemplo, a *newsletter* do distribuidor, independentemente das opções linguísticas disponíveis no sítio da internet.<sup>1</sup> Nesse sentido, são consideradas restrições graves às vendas passivas os acordos entre o fornecedor e o distribuidor nos termos dos quais:

1.º - Os clientes localizados num outro território (exclusivo) ficam impedidos de visualizar o seu sítio Web ou são reencaminhados automaticamente para os sítios Web do fabricante ou de outros distribuidores exclusivos, sem prejuízo de o sítio Web do distribuidor poder propor adicionalmente diversas ligações para os sítios Web de outros distribuidores e/ou do fornecedor (*restrição de bloqueio ou reencaminhamento*);

2.º - O distribuidor exclusivo não conclui vendas a consumidores pela Internet quando as informações do cartão de crédito mostram que o consumidor não pertence ao território exclusivo do distribuidor;

3.º - O distribuidor limita a percentagem das vendas globais realizadas na Internet, sem prejuízo de obrigações de (valor ou volume) mínimos de revenda fora de linha destinadas a assegurar o funcionamento eficiente do estabelecimento tradicional, nem de exigências de conformidade da atividade em linha do distribuidor com o modelo de distribuição do fornecedor.

4.º - Pagamento de preços mais elevados pelos produtos destinados a revenda pela Internet, sem prejuízo da exigência de um encargo fixo que não permita a dualidade de preços. “Na generalidade, o acordo no sentido de que um distribuidor deve pagar um preço mais elevado por produtos destinados a serem revendidos em linha pelo distribuidor constitui uma restrição grave”.<sup>2</sup>

Todavia, segundo as Orientações da Comissão, serão permitidas restrições à utilização da Internet que conduzam a vendas ativas, como sucede com a publicidade em linha dirigida especificamente a determinados clientes, através de faixas publicitárias em função do território colocadas em sítios Web de terceiros (por exemplo, um distribuidor de telemóveis situado em Madrid compra publicidade no sítio Web de um jornal português) ou o pagamento a motor de pesquisa ou a um fornecedor de publicidade em linha para divulgar publicidade especificamente junto de utilizadores de um território específico (por ex. a *AdWorks* da *Google* ou o *Facebook*).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Idem, para. 52. Para efeitos de aplicação do artigo 4, al. b), do Regulamento 330/2010 de Isenção por Categoria, a Comissão entende por vendas ativas a “abordagem ativa de clientes individuais através de, por exemplo, publicidade por correio, incluindo o envio de correio eletrónico não solicitado, ou visitas, ou a abordagem ativa de um grupo de clientes específico ou de clientes num território específico através de publicidade nos meios de comunicação, na Internet ou outras promoções especificamente destinadas a esse grupo de clientes ou orientadas para clientes nesse território.”

<sup>2</sup> *Orientações relativas às restrições verticais*, para. 64

<sup>3</sup> Idem, para. 53.



Serão também aceites ao abrigo da isenção por categoria as restrições que resultem<sup>1</sup> (1) da imposição ao distribuidor de normas de qualidade para a utilização do sítio Web utilizado para a revenda de bens, à semelhança das normas de qualidade para os estabelecimentos tradicionais e para a promoção em geral, incluindo alterações a essas normas, a menos que visem limitar as vendas em linha dos distribuidores; (2) da obrigação de dispor de um ou mais estabelecimentos tradicionais ou de salões de exposição; (3) da proibição de utilizar plataformas de terceiros para acolher o seu sítio Web ou caso o faça que os clientes não o visitem através de um sítio que mostre o nome ou logótipo da plataforma de terceiro (esta restrição legítima dirige-se à distribuição em plataformas como o *eBay*, o *Facebook*, o *Youtube*, ou outros). Tenha-se presente a percentagem do tráfego da rede que atualmente é ocupado pelas redes sociais.

Já relativamente à *distribuição seletiva*, segundo as Orientações da Comissão, o distribuidor não deverá ser proibido de vender pela Internet, tanto passiva como ativamente, a utilizadores finais.<sup>2</sup> Daí que condições impostas ao distribuidor para as vendas em linha que não tenham equivalente em condições impostas para as vendas num estabelecimento tradicional sejam consideradas restrições graves. As diferenças devem decorrer apenas da diferente natureza dos dois modos de distribuição. “Por exemplo, para impedir as vendas a distribuidores não autorizados, um fornecedor pode exigir que os seus distribuidores selecionados limitem as vendas a cada utilizador individual a uma determinada quantidade dos produtos contratuais”<sup>3</sup>. Além disso, “o fornecedor pode especificar tempos de entrega exequíveis no que se refere às vendas” em linha, e formular requisitos específicos relativamente aos serviços de assistência pós-vendas em linha para cobrir os custos decorrentes da devolução do produto por parte dos clientes e do pagamento de seguros.<sup>4</sup>

Todavia, uma restrição à concorrência pode ser admitida verificando os requisitos cumulativos da exceção legal à proibição dos cartéis, isto é, se a restrição gerar ganhos de eficiência, for indispensável, uma parte equitativa dos benefícios reverter para os consumidores, e não conduzir à eliminação da concorrência.<sup>5</sup> A exigência de preços mais elevados para os produtos destinados a revenda em linha é em princípio uma restrição grave. Todavia, a Comissão admite que a dualidade de preços possa ter justificação ao abrigo do artigo 101/3 se as vendas em linha implicarem custos substancialmente mais elevados para o fabricante do que as vendas fora de linha.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Idem, para. 54.

<sup>2</sup> Vide Silke Heinz, *Ban on sales via third-party internet platforms in Germany and Pierre Fabre – recent referral to the Court of Justice* - <http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/06/06/ban-on-sales-via-third-party-internet-platforms-in-germany-and-the-impact-of-pierre-fabre-on-selective-distribution-referral-to-the-court-of-justice-in-coty/> (acesso a 31 de outubro de 2016).

<sup>3</sup> *Orientações relativas às restrições verticais*, para 56.

<sup>4</sup> Idem, para. 56.

<sup>5</sup> Art. 101/3 TFUE e art. 10º Lei 19/2012. Vide Comunicação da Comissão, *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, JO C 101, de 27.4.2004, p. 97.

<sup>6</sup> *Orientações relativas às restrições verticais*, para. 64. De notar que os acordos e práticas de importância menor (*de minimis*) e os excluídos pela regra da “não afetação sensível da concorrência” não são abrangidos pela proibição. Vide Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, JO C 368 de 22.12.2001, p. 13.

## **Conclusão**

A ausência de fronteiras geográficas na internet coloca um desafio à organização das redes de distribuição, frequentemente desenhadas em função do território político-administrativo. De modo a preservar a eficiência da rede de distribuição o fornecedor poderá querer impedir o distribuidor de vender pela internet confinando-o desse modo ao seu território.

Na ótica do direito da concorrência, tal como positivado no TFUE e na lei interna, e em especial na jurisprudência do TJUE e nas Orientações da Comissão relativas às orientações verticais, a proibição plena das vendas pela internet está em princípio afastada, por ser uma restrição grave à concorrência. O mesmo vale, regra geral, para a imposição de quotas ou preços mais elevados para as vendas.

Partindo da distinção entre vendas ativas e vendas passivas, admitem-se, porém, restrições à liberdade de concorrência do distribuidor no que respeita à negociação com clientes de outros territórios, em especial quanto a publicidade em linha dirigida a esses clientes. Aceita-se também que o distribuidor deva ter estabelecimento tradicional com instalações físicas. Quanto à distribuição seletiva, sendo a fonte do distribuidor limitada ao fornecedor ou a outros membros da rede, já a liberdade de promoção de vendas junto de clientes fora do seu território (vendas ativas) é maior, sem prejuízo de poder ser obrigado a cumprir requisitos nomeadamente de qualidade do sítio web definidos pelo fornecedor.

## JURISDIÇÃO CIVIL E DIREITOS DE PERSONALIDADE NA INTERNET \*

### A determinação do foro competente face à ubiquidade da Internet

A Internet, enquanto meio de informação e de comunicação global e ubiqüitário, coloca em questionamento a competência do Direito enquanto sistema de regulação social e desafia a capacidade de resposta dos ordenamentos jurídicos<sup>1</sup>, nomeadamente

---

\* Revista Jurídica UPT N.º 16 (2014), p. 1-19.

<sup>1</sup> Rolf Weber e Romana Weber, *Internet of Things – Legal Perspectives*, Springer, 2010; Lilian Edwards e Charlotte Waelde (ed.), *Law and the Internet*, 3rd ed., 2009. Para superar as dificuldades de jurisdição suscitadas pela Internet, Daniel Freire e Almeida propôs na sua tese de doutoramento a criação de um tribunal internacional para a Internet (Daniel Freire e Almeida, *Um tribunal internacional para a Internet*, Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Universidade de Coimbra, 2011). A casuística - envolvendo questões de direitos de autor e direitos conexos ( casos *The Pirate Bay*, *Google - YouTube*, *Google Books*), violação de segredos de Estado (*Wikileaks*) espionagem cibernética, tráfico de dados pessoais e devassa da vida íntima, apostas em linha (caso *Bwin*) – evidenciaria uma falha do sistema jurídico: a incapacidade de o sistema responder adequadamente, tanto por via legislativa como por via judicial, aos desafios colocados pela nova sociedade digital, em especial pela Internet. Nas suas palavras, ‘as respostas formuladas para os problemas de ontem, não estarão certas para os desafios levantados pela Internet. [...] será fundamental a conjugação, complementar, de fatores globais na regulação dos assuntos atinentes a Internet e ao comércio eletrónico internacional’, destacando neste processo a importância da ‘cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico’ (p. 287). Esta posição é bem reveladora da matriz da sua proposta de resolução do problema. À primeira vista parece corresponder à denúncia do ‘estado patético’ tanto da legislatura como da judicatura há muito feita por vários autores, nomeadamente Lawrence Lessig. Todavia, não se limita a constatar o *status quo*, posicionando-se ativamente nas fileiras do movimento globalizante, que propugna a criação de uma nova ordem jurídica para um novo mundo: o mundo virtual. A máxima parece ser respostas globais para problemas globais, com destaque para a assinalada ‘cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico’. Fica-se sem saber, todavia, se as tais respostas globais deverão privilegiar o interesse dessas empresas, que teriam uma competência discursiva reforçada, nem se identifica se o seu meio ambiente ideal é o da economia de mercado, ainda que imperfeita, ou o do monopólio ou quase monopólio. Tendo em conta a importância do papel que atribui às empresas tecnológicas ao nível da elaboração da nova ordem jurídica ciberespacial, seria desejável uma caracterização mais aturada das empresas em causa.

Na parte II da sua tese, a proposta idealiza um tribunal internacional para a Internet. Sustenta que os aspetos essenciais do tribunal teriam em conta desde logo as iniciativas de governança internacional para a Internet, apresentando um rol das iniciativas em curso, como sejam a Cimeira Mundial sobre a Sociedade da Informação (WSIS) e o Fórum da Governança da Internet (ou Internet Governance Forum - IGF). Destaca com Viviane Reding o problema do ICANN - *Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números*, no sentido de o administrador principal dos nomes de domínio da Internet cumprir os padrões de governação corporativa, em especial a transparência financeira e a responsabilidade interna, e sujeição a efetivo controlo judicial. Além disso, trata do recurso aos meios alternativos, em especial a arbitragem. Defende que a União Internacional das Telecomunicações (ITU) ‘poderia funcionar como Ponto de Partida do Tribunal Internacional para a Internet’ (p. 354). E propõe uma conferência internacional para criar um Tribunal para a Internet, a promover pela ONU através do seu grupo de trabalho *Internet Governance Forum* (IGF) ou, em alternativa, pela ITU.

O imaginado tribunal teria por base uma organização internacional, dotada de personalidade jurídica de direito internacional. Poderia ser sedeada na Haia, à semelhança do Tribunal Penal Internacional ou do Tribunal Internacional de Justiça, ou em Nova Iorque, sede da Assembleia Geral da ONU. No articulado sugerido, a proposta apresenta ainda regras sobre a organização e a estrutura interna, atribuindo em especial competência à Assembleia Geral para codificação do direito da internet, e prevendo servidores neutros para a Secretaria geral. Sugere ainda uma Câmara de Julgadores (com câmaras de instrução, câmaras especializadas e câmaras de recurso), uma Câmara dos procuradores, uma Ordem dos Advogados Internacionais, e o regime dos diplomatas do tribunal. Em matéria de regulamento processual, privilegia a digitalização e a celeridade, com audiências em linha e utilização das inovações tecnológicas disponíveis. A língua de trabalho do tribunal seria o inglês e, como línguas oficiais, as 10 mais usadas na internet, incluindo o português. Tudo isto condensado numa sugestão de articulado, incluindo preâmbulo,

que parece combinar elementos dos estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Internacional de Justiça.

Mas, será verdadeiramente necessário um tribunal internacional para a Internet? Por exemplo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) já tem competência para os crimes mais graves cometidos por indivíduos, incluindo genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e os crimes de agressão. Nos termos do artigo 25º do Estatuto do TPI (Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002), as pessoas singulares podem ser julgadas por este tribunal, abrangendo a instigação à prática desses crimes, quer na forma consumada quer na forma tentada. Assim, por ex., o TPI será competente para julgar uma pessoa que utilize um sítio da internet para instigar à prática do crime, por exemplo, de genocídio. Além disso, são imagináveis práticas na internet que se assemelhem a crimes da competência do tribunal, pense-se em comunidades virtuais regidas pelo princípio do apartheid. Seria melhor clarificar a competência do tribunal penal internacional, no sentido de abranger os crimes relacionados com a internet, antes de se avançar para a criação de um novo tribunal com competência indeterminada.

Por outro lado, relativamente aos litígios envolvendo os Estados, o artigo 36º/1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça determina que ‘A competência do Tribunal abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.’ A aceitação da competência deste tribunal, que não resulta do facto de o membro da ONU ser também parte do Estatuto do TIJ, concretiza-se designadamente através da chamada “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória” (art. 36º/2), isto é, uma declaração efetuada livremente pelos Estados que determina a aceitação de uma competência para resolver controvérsias jurídicas passadas e futuras que é obrigatória e sem necessidade de acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação. Por exemplo, Portugal emitiu a declaração de aceitação da competência do Tribunal ao abrigo do artigo 36.º/2 do Estatuto logo após a sua adesão à Organização das Nações Unidas (14 e 19 de dezembro de 1955 respetivamente).

O tribunal internacional para a Internet proposto teria competência universal, abrangendo indivíduos, empresas, estados, e organizações internacionais. Todavia, claudica não apenas na tematização das normas de competência dos tribunais internacionais existentes, designadamente o TPI e o TIJ, mas também na problematização das suas possibilidades de alargamento. Propõe um tribunal com jurisdição universal e com a finalidade de julgar os litígios internacionais relacionados à Internet e ao Comércio Eletrónico internacional (art. 1º/1 do Tratado Instituidor). Todavia, ao mesmo tempo, defende e propõe que ‘A jurisdição do Tribunal Internacional para a Internet deve ser, então, de alcance complementar às jurisdições nacionais’ e ‘complementar aos procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes’ (pp. 361, 363). Ou seja, parece que o proposto Tribunal Internacional teria competência para assuntos relacionados com a Internet e com o Comércio Eletrónico, ainda que tais assuntos pudessem ser abrangidos por outros tribunais internacionais. Todavia, ao mesmo tempo, teria jurisdição complementar relativamente aos tribunais nacionais. Seria por isso uma espécie de tribunal residual para litígios em ‘matéria de Internet e Comércio Eletrónico internacional’.

E eis que, afinal, a grande solução para a falha do Direito na Internet só se abriria quando se fechassem as portas dos tribunais nacionais e internacionais existentes e os ‘procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes’. Ora, as boas regras da investigação jurídica aconselhariam o estudo das fontes relevantes de competência internacional dos tribunais e de arbitragem, ao menos estando em causa ‘matéria de Internet e Comércio eletrónico internacional’. Ao conceber um tribunal com jurisdição universal, a proposta abre a investigação a todos os domínios do direito, desde o direito criminal ao direito civil, passando pelo direito administrativo e fiscal. Melhor fora justificar cabalmente a necessidade de um tribunal dessa índole num domínio específico do que imaginar um tribunal internacional com jurisdição universal em qualquer matéria da Internet e do comércio eletrónico. De resto, a proposta não diferencia os litígios em razão da matéria, quer em termos de competência judicial quer em matéria de lei aplicável. Por exemplo, quanto ao direito aplicável, o artigo 8º dos sugeridos Estatutos parece misturar assuntos de direito privado com litígios de direito público. O tribunal aplicaria o tratado internacional instituidor do tribunal internacional para a internet (1), os tratados internacionais relacionados à Internet, ao Comércio Eletrónico e à Sociedade da Informação, quando aplicáveis (2) e pasme-se – embora a lista de instrumentos ainda esteja na primeira metade – os tratados internacionais, regulamentos, diretivas, leis europeias e leis quadro da União Europeia relacionadas à Sociedade da Informação, à Internet e ao Comércio Eletrónico, quando aplicáveis (3). Na ausência destas fontes seria aplicável o direito escolhido pelas partes resultantes da aplicação de um contrato internacional, ou de termos de serviço de websites na Internet (4) e ainda os Costumes Internacionais e a Doutrina dos Publicistas (5) e finalmente, na ausência ou inaplicabilidade de tudo o resto, o direito interno das jurisdições envolvidas, com primazia pelo direito Nacional da vítima do processo em questão, na medida em que seja compatível com as finalidades do Tribunal e com as fontes do direito internacional (6).

em sede de tutela de direitos de personalidade. No domínio civil, coloca-se desde logo a questão de saber qual é o tribunal competente para julgar ações de responsabilidade por conteúdos danosos colocados em linha.<sup>1</sup>

Na União Europeia foi adotado o Regulamento 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, que substituiu nas relações entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968. Em derrogação à regra geral da competência dos tribunais do domicílio do réu, estabelece, para ações de responsabilidade, a competência dos tribunais do ‘lugar onde ocorreu o facto danoso’ (artigo 5º/3) abrangendo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não apenas o lugar do evento causal, mas também o(s) da materialização do dano.

Ora, face à ubiquidade dos conteúdos colocados em linha, seriam virtualmente competentes não apenas os tribunais do lugar de origem dos conteúdos, mas também os tribunais de todos os lugares nos quais tais conteúdos fossem acessíveis e, nessa medida, suscetíveis de causarem danos.

O lugar de origem dos conteúdos danosos corresponderá, normalmente, ao lugar do domicílio ou estabelecimento do réu. Se fosse exclusiva, a competência dos tribunais do lugar de origem dos conteúdos potenciará a migração, mormente de empresas do comércio eletrónico, para ambientes jurídicos mais favoráveis, por estabelecerem baixos níveis de proteção dos direitos de personalidade. Além disso, a competência desses tribunais poderia revelar-se extremamente onerosa para as vítimas, deixando-as indefesas perante ofensas aos seus direitos de personalidade cometidas através da Internet.

Por seu turno, a competência dos tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso permite às vítimas intentarem ações de responsabilidade virtualmente em tribunais de

---

Por outro lado, a proposta não esclarece o que entende por litígios internacionais ‘relacionados à internet e ao comércio eletrónico’ – noção que se afigura de definição rigorosa tanto mais que propõe que ‘Os assuntos objeto de julgamento no Tribunal não prescrevem’ (art. 7º/12). Um tal tribunal seria como uma perpétua espada de Dâmocles relativamente a todo e qualquer assunto relacionado com a Internet e com o Comércio Eletrónico.

Em suma, a proposta apresentada é, no essencial, um exercício exploratório de política de justiça. O imaginado Tribunal Internacional para a Internet seria a resposta institucional para uma falha global de regulação, máxime ao nível da interoperabilidade dos sistemas jurídicos nacionais. Receamos, todavia, que não se tenha demonstrado cabalmente a insuficiência dos meios existentes, para além de se desconsiderar as implicações do *princípio da territorialidade* em matérias tão sensíveis como por exemplo a propriedade intelectual. É proposta a jurisdição universal quanto à competência em razão de uma matéria no mínimo indeterminada. O que, para além de gerar conflitos de competência com tribunais já existentes, parece desconsiderar que existem outros meios de resolução de conflitos. Por exemplo, no domínio do registo abusivo de marcas e outros sinais distintivos (*cybersquatting*) teria sido importante justificar a insuficiência dos meios alternativos de resolução de conflitos encontrados pela ICANN e pela OMPI. De igual modo, fica-se sem saber qual seria o papel do novo tribunal em sede de litígios envolvendo ofensas a direitos de personalidade cometidas através da colocação em linha de conteúdos danosos.

<sup>1</sup> Para uma primeira abordagem, Alexandre Dias Pereira, ‘A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)’, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXVII, 2001, p. 633-687. Sobre a problemática jusinternacionalista suscitada pela Internet, Luís Lima Pinheiro, ‘Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet’, Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra Editora, Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005.

todos os países em que os conteúdos sejam acessíveis, com o inconveniente, todavia, da multiplicação de ações e da possível não reparação integral dos danos.

Suponhamos um futebolista brasileiro, residente em Lisboa, jogador do Sport Lisboa e Benfica, que se considera lesado nos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada por conteúdos (escritos e imagens) colocados em linha por uma empresa de apostas em linha, sediada em Gibraltar, e acessíveis virtualmente nos quatro cantos do planeta. À luz dos referidos critérios, qual ou quais seriam os tribunais competentes para intentar uma ação de responsabilidade contra a referida empresa? A natureza dos direitos de personalidade e o caráter ubiquitário da Internet justificarão a competência dos tribunais do domicílio do futebolista para julgar a totalidade dos danos causados à escala global? Em que sentido apontam os princípios fundamentais que norteiam a problemática da competência judiciária internacional e da lei aplicável?<sup>1</sup>

### **O acórdão *eDate Advertising* do Tribunal de Justiça da União Europeia**

A questão enunciada foi objeto de resposta por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. No dia 25 de outubro de 2011 o Tribunal de Justiça proferiu o aguardado acórdão nos processos apensos C-509/09 e C-161/10 (*eDate Advertising c. X e Olivier e Robert Martinez c. MGN*), tendo por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados respetivamente pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) e pelo tribunal de grande instance de Paris.

Ao Tribunal de Justiça foi pedida a interpretação do artigo 5º/3 do Regulamento 44/2001 sobre competência judiciária (Bruxelas I) e do artigo 3º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico. O *Bundesgerichtshof* perguntou se, em caso de ameaça de ofensa dos direitos da personalidade através de conteúdos de um sítio Internet, a expressão ‘lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso’ constante do artigo 5º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretada no sentido de que:

a) o interessado também pode intentar uma ação de cessação de conduta contra o operador do sítio Internet nos tribunais de qualquer Estado-Membro em que seja possível aceder ao sítio Internet, independentemente do Estado-Membro em que aquele operador esteja estabelecido (*critério da acessibilidade do sítio*),<sup>2</sup>

b) ou a competência dos tribunais de um Estado-Membro em que o operador do sítio Internet não esteja estabelecido pressupõe que, para além da possibilidade técnica de acesso ao sítio, exista um nexo especial dos conteúdos impugnados ou do sítio Internet

---

<sup>1</sup> Sobre estes princípios, na ótica do conflito de leis, António Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado – Alguns Problemas*, Coimbra, 1997, Dário Moura Vicente, ‘Sources and General Principles of Portuguese International Private Law: An Outline’, *Yearbook of Private International Law IX* (2007), p. 257

<sup>2</sup> Em sede de lei aplicável aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, estabelece o considerando 24 do 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), citando uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15º do Regulamento 44/2001 que, ‘o simples facto de um sítio internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15º, 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’.

com o Estado do foro (*critério do nexa de caráter territorial*).<sup>1</sup> E, sendo exigido esse nexa de caráter territorial, quais os critérios de determinação desse nexa, designadamente

(b1) se o operador do sítio o dirige igualmente aos utilizadores da Internet no Estado do foro ou, em alternativa,

(b2) se é suficiente que as informações no sítio Internet apresentem objetivamente um nexa com o Estado do foro, tais como a ocorrência real ou potencial no Estado do foro de um ‘conflito de interesses divergentes’, quais sejam o interesse do demandante em ver respeitados os seus direitos de personalidade e o interesse do operador na organização do seu sítio Internet e na informação.

Além disso, o *Bundesgerichtshof* questionou a relevância do número de acessos ao sítio Internet a partir do Estado do foro para a determinação da existência de um nexa especial de caráter territorial, de modo a que, em caso de não relevância, se poder interpretar o artigo 3º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico enquanto regras de conflito de leis, no sentido de imporem também no domínio civil a aplicação exclusiva da lei do país de origem com exclusão das suas normas de conflitos nacionais (a) ou em alternativa de permitirem a aplicação estas normas com a consequência de continuar a ser possível o reenvio do direito do país de origem para o direito do país de destino (b).

Por seu turno, o *tribunal de grande instance* de Paris perguntou se os artigos 2º e 5º/3 do Regulamento 44/2001 atribuem competência ao tribunal de um Estado-Membro para julgar uma ação que se baseia na violação dos direitos de personalidade suscetível de ter sido cometida por uma disponibilização de informações e/ou de fotografias num sítio Internet editado noutra Estado-Membro por uma sociedade domiciliada neste segundo Estado – ou ainda noutra Estado-Membro, em qualquer caso distinto do primeiro:

a) apenas se este sítio Internet puder ser consultado a partir deste primeiro Estado,

b) ou apenas quando existe entre o facto lesivo e o território deste primeiro Estado uma ligação suficiente, substancial ou significativa; e, neste segundo caso, quais os critérios para estabelecer a ligação, nomeadamente:

b1) o grande número de ligações à página Internet controvertida a partir deste primeiro Estado-Membro, em valor absoluto ou relativamente a todas as ligações à referida página;

b2) a residência ou a nacionalidade da pessoa que se queixa de uma violação dos seus direitos de personalidade ou mais genericamente das pessoas em causa;

b3) a língua na qual é difundida a informação controvertida ou qualquer outro elemento suscetível de demonstrar a vontade do editor do sítio de se dirigir especificamente ao público deste primeiro Estado;

b4) o local onde se verificaram os factos relatados e/ou onde foram tiradas as fotografias eventualmente disponibilizadas através da Internet.

### **Do lugar onde poderá ocorrer o facto danoso**

---

<sup>1</sup> Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 novembro de 1998, processo C-391/95, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, Col. 1998, I-07091.

Sobre a interpretação da expressão '*lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*' constante do artigo 5º/3 do Regulamento 44/2001, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão Henkel (C-167/2000, ac. 1/10/2002, Col. I-8111) no sentido de que a referida norma não pressupõe a existência atual de um dano, abrangendo, por conseguinte, qualquer ação que tenha por objeto evitar a repetição de um comportamento considerado ilícito.

Por outro lado, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade por meio de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, o Tribunal reiterou a jurisprudência estabelecida por referência à Convenção de Bruxelas, nos termos da qual, a regra de competência especial prevista no artigo 5º/3, em derrogação ao princípio da competência dos tribunais do domicílio do demandado,

a) Baseia-se na existência de um *nexo territorial particularmente estreito* entre o litígio e os tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso, suscetível de justificar uma atribuição de competência a estes últimos, por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo (acórdão Zuid-Chemie, C-189/08, 16/7/2009, Col. I-6917);

b) Refere-se ao lugar do *evento causal* e ao da *materialização do dano*, podendo ambos constituir um *nexo significativo* do ponto de vista da competência judiciária, e sendo cada um deles suscetível, segundo as circunstâncias, de fornecer uma indicação particularmente útil em sede de prova e de organização do processo (acórdão Shevill, C-68/93, 7/3/1995, Col. I-415).

Ora, quanto à aplicação destes dois critérios de conexão a ações que visam reparar um dano imaterial pretensamente causado por uma publicação difamatória, tratando-se de difamação através de um artigo de imprensa divulgado em vários Estados contratantes da Convenção de Bruxelas, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão *Shevill*, segundo o qual a vítima pode intentar uma ação de indemnização contra o editor:

a) Nos tribunais do Estado contratante do lugar de estabelecimento do editor da publicação difamatória, competentes para reparar a integralidade dos danos resultantes da difamação, ou

b) Nos tribunais de cada Estado contratante onde a publicação foi divulgada e onde a vítima alega que a sua reputação foi prejudicada, os quais serão competentes para conhecer apenas os danos causados no Estado do tribunal onde a ação foi proposta.

Na opinião do Tribunal de Justiça, estes critérios seriam igualmente válidos para outros meios e suportes comunicação, podendo cobrir um variado leque de violações dos direitos de personalidade consoante os diferentes ordenamentos jurídicos. Não obstante, o Tribunal destaca a especificidade da Internet, no sentido de que a colocação em linha de conteúdos num sítio da Internet se distingue da difusão, limitada a um território, de um meio de comunicação impresso, na medida em que a colocação em linha visa, em princípio, a ubiquidade dos referidos conteúdos, que podem ser consultados universal e instantaneamente por um número indefinido de internautas, independentemente de qualquer intenção da pessoa que os emitiu quanto à sua consulta para além do seu Estado-Membro de estabelecimento e fora do seu controlo.

Neste sentido, o Tribunal considera que a Internet reduz a utilidade do critério relativo à difusão, uma vez que o âmbito da difusão dos conteúdos colocados em linha é, em



princípio, universal, e por nem sempre ser possível, no plano técnico, uma quantificação certa e fiável relativamente a um Estado-Membro em particular, inviabilizando por isso uma avaliação do dano causado exclusivamente nesse Estado-Membro.

Por esta razão, o Tribunal conclui que as dificuldades de aplicação do *critério da materialização do dano* contrastam com a gravidade da lesão que possa vir a sofrer o titular de um direito de personalidade que constata que um conteúdo ilícito está disponível em qualquer ponto do globo.

Nesta ordem de ideias, o Tribunal considera ser necessário adaptar os referidos critérios de conexão, no sentido de que a vítima de um delito de direitos de personalidade cometido através da Internet possa intentar, em função do *lugar da materialização do dano* causado na União Europeia pela referida violação, uma ação num foro a respeito da *integralidade desse dano*. Para o Tribunal, o tribunal do lugar onde a vítima tem o *centro dos seus interesses* pode apreciar melhor o impacto de um conteúdo colocado em linha sobre os direitos de personalidade, pelo que lhe deverá ser atribuída competência segundo o princípio da *boa administração da justiça*. O centro de interesses corresponderá, em princípio, ao lugar da residência habitual da vítima, admitindo-se todavia que a determinação do centro de interesses possa resultar de outros indícios, como o exercício de uma atividade profissional, em termos de estabelecimento de um nexo particularmente estreito com esse Estado.

À questão de saber se a competência do tribunal do lugar onde a vítima tem o centro dos seus interesses respeita o princípio da previsibilidade das regras de competência<sup>1</sup>, responde o Tribunal afirmativamente, argumentando que o autor da difusão do conteúdo danoso se encontra, aquando da colocação em linha desse conteúdo, em condições de conhecer os centros de interesses das pessoas afetadas por este.

Em conclusão, o TJ considera que o artigo 5º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade através de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, a pessoa que se considerar lesada pode intentar uma ação de responsabilidade civil pela totalidade dos danos causados quer nos tribunais do Estado-Membro do lugar de estabelecimento da pessoa que emitiu esses conteúdos (b) quer nos tribunais do Estado-Membro onde se encontra o seu centro de interesses da vítima (b) quer ainda nos tribunais de cada Estado-Membro em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha mas apenas relativamente ao dano aí causado (c).

### **O papel do Tribunal de Justiça na adaptação dos critérios tradicionais à Internet**

O acórdão do Tribunal de Justiça oferece um critério de competência dos tribunais em matéria de ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos através da Internet para efeitos do artigo 5º/3 do Regulamento 44/2001. À competência dos tribunais do ‘lugar do facto danoso’, prevista no Regulamento, e restrita aos danos causados em cada um desses lugares, o Tribunal veio adicionar a competência dos tribunais do lugar onde a vítima tenha o seu centro de interesses para

---

<sup>1</sup> Acórdão de 17 de junho de 1992, C-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécanochimiques des Surfaces SA*, Col. I-3967, e acórdão de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung e Rabitsch*, C-533/07, Col. I-3327

julgar a totalidade dos danos, à semelhança do que tinha afirmado para a imprensa embora atribuindo aqui competência ao lugar de estabelecimento da editora.

Poderá considerar-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça, pese embora encontre ecos em trabalhos da Comissão<sup>1</sup>, não tem correspondência com a letra da referida norma do Regulamento. Tratar-se-á de um acórdão em que, à luz do princípio da boa administração da justiça, o Tribunal deteta uma falha de regulação em matéria de competência judiciária, por insuficiência do critério legal e da jurisprudência anteriormente desenvolvida para a imprensa, para responder às exigências da Internet. Com fundamento nesse mesmo princípio da boa administração da justiça e ressaltando não ser postergado o princípio da previsibilidade dos julgados, o Tribunal estabelece um critério de competência judiciária para as ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos pela Internet.

### **Da natureza de norma de conflitos do princípio do país de origem (artigo 3º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico)**

Outra questão a que o Tribunal de Justiça foi chamado a responder – e que tange a comunitarização do direito internacional privado<sup>2</sup> - é saber se o artigo 3º/1, que estabelece a sujeição da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação ao regime jurídico do país do seu lugar de estabelecimento (princípio do país de origem), consubstancia uma norma de conflitos.

Tendo em conta os motivos que justificam a adoção da Diretiva sobre comércio eletrónico, constantes dos seus considerandos preambulares, o Tribunal de Justiça considera que a Diretiva não visa uma harmonização das regras materiais, mas estabelece um ‘domínio coordenado’ para o regime jurídico dos serviços da sociedade da informação, que será, em princípio, determinado pelo Estado-Membro do estabelecimento do prestador de serviços.<sup>3</sup>

No entender do Tribunal, o direito civil do Estado-Membro é abrangido pelo ‘domínio coordenado’ e, conseqüentemente, pelo princípio do país de origem. Todavia, tendo em conta que o artigo 1º/4 dispõe que a Diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, o Tribunal considera que o artigo 3º/1 (princípio do país de origem) não apresenta as características de uma regra de conflito de leis. Tanto mais que o artigo 3º/2 proíbe os Estados-Membros de restringirem, por razões que pertencem ao domínio coordenado, a livre circulação dos

---

<sup>1</sup> Comissão Europeia, *Livro Verde sobre a revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, Bruxelas, COM(2009) 175 final, 21/4/2009.

<sup>2</sup> Vide Rui Manuel de Moura Ramos, ‘Direito Internacional Privado e Direito Comunitário – Termos de uma Interação’, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Professores Doutor A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. A. Pinto Monteiro, Coimbra Editora, 2007. Sobre o problema da base legal da UE para intervir neste domínio considera Andrew Dickinson que ‘in its recent jurisprudence concerning private international law measures, the ECJ [in *Owusu v Jackson*] has displayed an overt hostility to arguments that might impact on the scope of the Community’s power to legislate in this area’ - *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 115.

<sup>3</sup> Sobre o princípio do país de origem e a noção de ‘domínio coordenado’ no regime jurídico da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, Alexandre Dias Pereira, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999.

serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. Pelo que o TJ conclui que os Estados-Membros de acolhimento são, em princípio, livres de designar, em virtude do seu direito internacional privado, as regras materiais aplicáveis, desde que daí não resulte uma restrição da livre prestação dos serviços do comércio eletrónico.

Nesse sentido, o tribunal conclui que o artigo 3º, sem prejuízo das derrogações autorizadas nos termos dos seus n.ºs 3 e 4, se opõe a que o prestador de um serviço de comércio eletrónico seja sujeito a exigências mais estritas do que as previstas pelo direito material em vigor no seu Estado-Membro de estabelecimento.

### **Possível falha de proteção dos direitos de personalidade em sede de lei aplicável**

Retomando o caso do futebolista brasileiro, estando a empresa de apostas sediada em Gibraltar, parece, em princípio, que não estaria sujeita as exigências mais estritas do que as previstas pelo direito material em vigor nesse território. Embora os tribunais de Lisboa tivessem competência para julgar a totalidade dos danos causados pelos conteúdos colocados em linha lesivos dos direitos de personalidade do futebolista brasileiro, pelo critério do seu centro de interesses, os seus direitos de personalidade não seriam determinados segundo a sua lei nacional ainda que na medida em que a respetiva tutela fosse reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31º.

A ser assim, o critério do centro de interesses do lesado, estabelecido pelo Tribunal de Justiça para colmatar uma falha de proteção jurídica, poderá ser desprovido de efeito útil, na medida em que a lei aplicável não tutele os direitos de personalidade do lesado. Em suma, no acórdão *eDate Advertising* o Tribunal teria dado com a mão da competência judiciária o que logo a seguir teria retirado com a mão da lei aplicável.

O Regulamento Roma II sobre lei aplicável às obrigações não contratuais<sup>1</sup> determina, como regra geral (artigo 4º/1), a aplicação da lei do país onde o dano ocorre (*lex loci damni*), referindo-se tanto ao evento causal como ao dano (artigo 2º/3; ver considerando 17). Com base neste Regulamento poderia o Tribunal de Lisboa aplicar a lei portuguesa uma vez que o dano ocorreria igualmente em território português. Todavia, as ofensas aos direitos de personalidade, incluindo difamações, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma II (artigo 1º/2), pelo que o Tribunal de Lisboa não poderia justificar a aplicação da lei portuguesa com base neste Regulamento.

---

<sup>1</sup> 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»). Sobre este Regulamento, Luís de Lima Pinheiro, ‘O Direito de conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – uma primeira apreciação do Regulamento Comunitário Roma II’, *O Direito* 139/V (2007), p. 1027; Palao Moreno, G. ‘Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet’, *Cuestiones Actuales de Derecho y Tecnologías de la Información e la Comunicación (TICs)*, coord. J. Plaza Penadés, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 275; Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, Comares, 2008 (notando relativamente às infrações planetárias pela Internet, no domínio dos direitos intelectuais, que ‘com arreglo al art. 8 Regto. Toma II, sólo se produce infracción de estos derechos en los países en los que tales derechos inmateriales existen, y no en todo el mundo’ – p. 216); Wagner, G. ‘Die neue Rom II-Verordnung’, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2008), p. 1; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008 (notando que no processo de europeização do direito privado, ‘As such, the Regulation may be no more than a pit stop on what is already a very long journey’ – p. 61).

Pelo contrário, tendo em conta o sentido atribuído pelo Tribunal de Justiça ao artigo 3º da Diretiva sobre comércio eletrónico, o Tribunal de Lisboa teria que, em princípio, aplicar a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha.

Não obstante, sob pena de os direitos de personalidade ficarem sujeitos ao ‘forum shopping’, parece-nos que deverá ser tida em conta a norma do artigo 45º/2 do Código Civil, no sentido de que, caso a empresa de apostas em linha não fosse considerada responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, dever-se-ia aplicar a lei do lugar onde se produziu o efeito lesivo se esta considerar a empresa responsável e na medida em que esta devesse prever a produção de um dano em Portugal como consequência da colocação dos conteúdos em linha.

Assim, o Tribunal de Lisboa poderia aplicar a lei portuguesa por analogia com o critério do ‘centro de interesses’ - ou até a lei brasileira, mas na medida em que a respetiva tutela seja reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31º.

Tanto mais que, no direito português, o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade constitui um princípio fundamental do direito civil<sup>1</sup>. O Código Civil estabelece uma tutela geral da personalidade dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa ilícitas à sua personalidade física ou moral, conferindo à pessoa ameaçada ou ofendida o poder de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso a fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (artigo 70º/1-2). Além disso, o Código Civil prevê direitos de personalidade especiais como o direito ao nome (artigo 72º), o direito à confidencialidade da correspondência (artigo 75º e seg.), o direito à imagem (artigo 79º), o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 80º), e o direito ao crédito ou bom nome (artigo 484º).

Nos termos do Código Civil, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é considerada ilícita e ferida de nulidade se contrariar os princípios da ordem pública (artigo 81º/1). Sendo lícita, a limitação voluntária poderá ser revogada a todo o tempo, embora sujeita a indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (artigo 81º/2). Além disso, a lesão é ilícita, ainda que consentida, se contrariar proibição legal ou os bons costumes (artigo 340º/1-2), embora se considere consentida a lesão que ocorra no interesse do lesado e corresponda à sua vontade presumível (artigo 340º/3).

Para além dos direitos de personalidade especiais previstos no Código Civil deve ainda considerar-se o catálogo de direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa (e em instrumentos internacionais relevantes) e bens jurídicos da

---

<sup>1</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005. Sobre os direitos de personalidade, Orlando de Carvalho, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973, Diogo Leite de Campos, ‘Lições de direitos de personalidade’, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXVII, 1991, pp. 129-223, Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra 1995, Paulo Mota Pinto, ‘O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada’, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXIX, 1993, e ‘O direito ao livre desenvolvimento da personalidade’, in Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, 2000. Para o direito comparado ver, por todos, Adriano de Cupis, *Os direitos de personalidade* (trad. de Vera Jardim e M. Caeiro), Lisboa, 1961; Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª ed., Köln/Graz, 1967; William Prosser, ‘Privacy’, *California Law Review*, 1960, p. 389.

personalidade protegidos pela lei penal. Especial relevo nas redes de informação assume, enquanto instrumentos de tutela de personalidade, a proteção dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas (ver em especial Leis 67/98, 41/2004 e 32/2008) e os direitos morais de criadores literários ou artísticos nos termos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos<sup>1</sup>.

Finalmente, mesmo que se entenda que a lei portuguesa estabeleça exigências mais restritivas do que a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha, ainda assim deverá ser admitida a sua aplicação em casos de conexão com a lei aplicável às obrigações contratuais nos termos do Regulamento Roma I, à semelhança do que sucede em matéria de competência judiciária com a possibilidade de o tribunal designado pelas partes ter competência para decidir igualmente questões de responsabilidade extracontratual relacionadas com o contrato.<sup>2</sup>

### Conclusão

Em alternativa à competência dos tribunais de cada lugar onde a vítima de ofensas a direitos de personalidade para reparação dos danos aí sofridos e à competência dos tribunais do lugar de estabelecimento do editor de conteúdos lesivos relativamente à totalidade dos danos (acórdão Shevill), o Tribunal de Justiça estabelece no acórdão *eDate Advertising* um novo critério de competência judiciária em ações de responsabilidade por ofensas a direitos de personalidade cometidas pela colocação em linha de conteúdos danos que permite ao pretense lesado pedir reparação pela totalidade dos danos sofridos no tribunal do lugar do centro dos seus interesses. Este critério atende à especificidade da Internet, em especial às dificuldades de determinação do *quantum respondeatur* tendo em conta a acessibilidade universal dos conteúdos colocados em sítio da Internet.

Esta solução mais favorável à posição do pretense lesado, no sentido de lhe permitir recorrer aos tribunais do lugar onde tem o centro dos seus interesses, enquanto principal lugar de ocorrência do facto danoso, deixa em aberto a questão da lei aplicável. Ao responder à questão do sentido e alcance do princípio do país de origem para determinação do regime jurídico, abrangido pelo domínio coordenado, da atividade dos prestadores de serviços do comércio eletrónico como abrangendo o direito civil do Estado-Membro de estabelecimento dos prestadores e de a estes não poder ser exigido em princípio o respeito pelas exigências do ordenamento jurídico de cada lugar de destino dos serviços, o Tribunal de Justiça parece deixar em aberto a possibilidade de o tribunal do lugar do centro de interesses do pretense lesado não poder aplicar a lei deste foro na medida em que daí resulte uma restrição à livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

---

<sup>1</sup> Orlando de Carvalho, 'Os direitos de personalidade de autor', in Num Novo Mundo do Direito de Autor? Tomo II, Lisboa, 1994, p. 539.

<sup>2</sup> Ver os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2002 e de 8 de outubro de 2009, www.dgsi.pt. Solução semelhante foi sugerida, no âmbito da revisão do Regulamento Bruxelas I, pelo European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property, 'Exclusive Jurisdiction and Cross Border IP (Patent) Infringement. Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation (20.12.2006)', *EIPR* (2007) p. 193 [CLIP 2:201(c)].

Para evitar esta solução algo paradoxal e potenciadora de forum-shopping, os tribunais portugueses deverão ter em conta o critério do Código Civil que estabelece a aplicação da lei portuguesa quando o autor da ofensa não seja considerado responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, mas a conduta for ilícita face ao direito português e o efeito lesivo da ofensa se produzir em Portugal e na medida em que o agente devesse prever a produção aí de um dano como consequência da colocação dos conteúdos em linha.

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

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

### Introdução

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

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

Direi que não, que o direito tem um papel importante a desempenhar na regulação da Internet e que os juristas têm aí uma palavra decisiva a dizer. Desde logo, através da denúncia da falácia do tecnologismo, nos termos da qual a tecnologia seria suficiente para resolver os problemas emergentes<sup>2</sup>. Isto implica uma predisposição especial, pois que nesta cruzada cabe ao jurista ser um misto de D. Quixote de la Mancha e de Sancho Pança: por um lado, não deverá perder de vista as suas «causas»; mas, por outro, não

---

\* Boletim da Faculdade de Direito 77 (2001). p. 633-687. Elaborado para o Congresso Internacional sobre *Direito Cibernético / Cyber Law*, organizado pela Fundação Luso-Americana (FLAD), em colaboração com a Ordem dos Advogados, que teve lugar em Lisboa, nos dias 25 e 26 de 2001.

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

<sup>2</sup> Vide, especialmente, a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra, 1998 (publicada com atualizações na STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 2001), bem como o nosso ensaio *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da Segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999 (nota de atualização em [www.almedina.net](http://www.almedina.net)).

poderá perder o sentido da realidade. De todo o modo, quero também antecipar que no teatro da vida não cabe aos juristas o protagonismo principal da construção da sociedade da informação, sendo-lhes antes reservado um papel mais modesto, ainda que não dispensável. Mas vejamos mais de perto.

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

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

As abordagens do direito ditas pós-modernas ficarão certamente deliciadas com este quadro. A internet seria a “prova provada” do fim do Estado como centro do poder normalizador da comunicação. A internet carregaria no seu ventre uma nova linguagem totalmente estranha ao poder estadual, gerando um código comunicacional disseminado por todo o mundo à margem do Estado<sup>1</sup>. O Direito da modernidade, traduzido nas Leis e nos Tribunais do Estado, seria agora substituído por códigos tecnológicos de conduta elaborados por micro-comunidades e observados por comités de resolução extrajudicial de conflitos, dispondo de um arsenal sancionatório baseado na exclusão tecnológica da rede. Uma visão assim pós-moderna das coisas seria bem prestável à falácia do tecnologismo, dando por adquirida a sua soberania no ciberespaço e legitimando os seus esquemas funcionais. Inspirada numa tábua rasa de valores e animada por uma repulsa contra todas as formas de Estado, essa visão serviria com proveito a ordem internética gerada pela revolução eletrónica dos tecnólogos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ver, por todos, Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000.

<sup>2</sup> E a “alternativa ao direito” postulada por uma “ordem de possibilidade científico-tecnológica”. Vide F.J. Bronze, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 577 ss.



## 2. A construção jurídica da sociedade da informação

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

Não deixa de ser curioso que o legislador comunitário tenha em larga medida abolido a soberania dos Estados-Membros na Internet, remetendo-os para o papel de “polícias” do domínio coordenado definido na Diretiva sobre o comércio eletrónico; domínio esse que para alguns corresponderá, no essencial, ao acervo comunitário da sociedade da informação. Aclarando mais a ideia: será que, afinal, a propósito da construção da sociedade da informação – esse “slogan”<sup>2</sup> – o legislador comunitário não está a criar para si uma zona de soberania, esvaziando o poder dos Estados-Membros?

Esta breve reflexão permite-nos já compreender que a Internet está longe de ser um espaço livre de soberania jurídica. Pelo menos no espaço europeu, uma entidade assume claramente a soberania sobre vários domínios da Internet, a propósito do bom funcionamento do mercado interno e agora, também, da edificação da sociedade da informação. Ao mesmo tempo, porém, o arsenal tecnológico dos mecanismos de autorregulação e de resolução extrajudicial de conflitos parecem assemelhar-se a “práticas de justiça privada”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

<sup>2</sup> Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa de um Futuro Próximo*, in *Sociedade da Informação*, APDI, Coimbra, 1999, p. 11.

<sup>3</sup> Yves Pouillet, *Les diverses techniques de réglementation d’Internet: l’autorégulation et le rôle du droit étatique*, *Revue Ubiquité*, 5, 2000, p. 57. Sobre esta matéria, *vide* - para além dos nossos diversos trabalhos e bibliografia aí referida -, nomeadamente: J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001; M. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, 1996; L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, Harvard

## I. O Problema da Jurisdição na Internet

### 1. A natureza “multijurisdicional” da internet

O problema da jurisdição na internet é certamente um dos mais complexos e delicados temas do chamado direito cibernético. Com efeito, a natureza ubiqüitária da internet dificulta a determinação prática dos critérios de conexão em matéria de competência internacional dos tribunais. Em virtude da dimensão internacional do comércio eletrônico fala-se, com propriedade, da natureza “multijurisdicional” da Internet, que estaria associada a uma ideia de “Forum Shopping” ou de jurisdição virtual no ciberespaço.

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

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

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

---

Law Review 2000, p. 501; Dan L. Burk, *Jurisdiction in a World Without Borders*, Vanderbilt J. L. & Tech. 1997, p. 3; Jack Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, Chicago Law Review 1998, p. 1199; David Johnson and David Post, *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, Stanford Law Review 1996, p. 1367; Neil Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory*, California Law Review 2000, p. 395; Joel Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, Texas Law Review 1998, p. 553; Michael Froomkin, *The Internet As a Source of Regulatory Arbitrage*, in Brian Kahin & Charles Nessen (eds.), *Borders in Cyberspace*, 1997; John Perry Barlow, *A Declaration of Independence of Cyberspace*, <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>; James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty & Hard-Wired Censors*, <http://www.james-boyle.com/>; David R. Johnson & David G. Post, *And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law*, <http://www.cli.org/emdraft.html>; Michael Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, 1997.

## 2. Principais fontes normativas

Para apurar da sua competência para decidir um litígio internético, o tribunal português começará por consultar o Código de Processo Civil. Com efeito, este diploma regula a competência internacional dos tribunais portugueses, prevendo determinados elementos condicionantes ou fatores de atribuição da competência internacional, como sejam ter o réu domicílio em território português ou ter sido praticado aí o facto que serve de pedir na ação; além disso, prevê também situações de competência exclusiva dos tribunais portugueses, como seja nos casos de ações que tenham como objeto principal a apreciação da validade da inscrição em registos públicos de quaisquer direitos sujeitos a registo em Portugal.<sup>1</sup> Eis, portanto, algumas situações de competência internacional dos tribunais portugueses segundo o Código de Processo Civil.

Porém, o tribunal português não poderá limitar-se ao CPC. Deverá atender, de igual modo, às Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988), relativas à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, com exceção das matérias por elas excluídas, como sejam o estado e capacidade das pessoas, os regimes matrimoniais e o direito das sucessões<sup>2</sup>. No quadro destes instrumentos internacionais, o fator de conexão relevante é o réu ter ou não domicílio num Estado não contratante.

Além disso, a partir de 1 de março de 2002, deverão os tribunais portugueses determinar a sua competência segundo o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial<sup>3</sup>. Este instrumento jurídico comunitário, que é vinculativo e diretamente aplicável, incorpora as Convenções de

---

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

<sup>2</sup> Vide M. Teixeira de Sousa / D. Moura Vicente, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994.

<sup>3</sup> Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, *Jornal Oficial* n.º L 012 de 16/01/2001, p. 1.

Bruxelas e de Lugano revistas, sendo revelador de como os regulamentos parecem “estar a ganhar terreno” na harmonização do direito privado europeu<sup>1</sup>.

No plano internacional, anuncia-se a aprovação do Projeto de Convenção de Haia sobre competência judiciária e decisões estrangeiras em matérias civis e comerciais<sup>2,3</sup>.

### 3. Do direito conflitual adjetivo em geral

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

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

---

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

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

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

competente para decidir todos os litígios o tribunal da capital das Ilhas Caimán e será aplicável a lei deste país<sup>1</sup>.

Alguns dos clientes pretendem ser ressarcidos pelo cumprimento defeituoso dos contratos que celebraram com a “Microsoftware”. Além disso, os titulares de direitos sobre os diversos elementos da página pretendem ser indemnizados pelos prejuízos causados por ela bem como obter o encerramento daquela “loja virtual”. Finalmente, alguns visitantes queixam-se de que têm recebido diversas mensagens de correio eletrónico com ofertas não apenas provenientes da “Microsoftware”, mas também de outras empresas às quais aquela terá cedido os seus perfis de internautas.

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

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

De um modo geral, o problema articula-se em torno de *um princípio de equilíbrio entre as partes*, aferido pela existência de uma conexão razoável entre o litígio e o Estado do foro.<sup>2</sup>

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

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

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

---

<sup>1</sup> O exemplo das Ilhas Caimán é dado por J. Ribas Alejandro, *Aspetos Jurídicos del Comércio Eletrónico en Internet*, Aranzadi, 1999, p. 126.

<sup>2</sup> Ver G. Kaufmann-Kohler, *Internet: Mondialisation de la Communication – Mondialisation de la Résolution des Litiges?*, in K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998, p. 92 ss. Sobre o princípio da não transatividade das leis no DIP *vide*, em especial, Batista Machado, *Âmbito e eficácia de competência das leis*, Coimbra, 1970, p. 119 ss, e *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1974, p. 9; cfr. F.J. Bronze, *Apontamentos*, cit., p. 65-6; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973.

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

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

O Conselho da União Europeia adotou em 22 de dezembro de 2000 o Regulamento (CE) n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.<sup>1</sup> Este Regulamento afirma-se como um pilar da construção jurídica de uma nova liberdade do mercado interno: *a liberdade de circulação das decisões judiciais*. Com efeito, considerando-se uma medida necessária para o bom funcionamento do mercado interno, o Regulamento 44/2001 visa alcançar, nesse quadro, “o objetivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial” (cons. 6). Para o efeito, inclui no seu âmbito de aplicação material o “essencial da matéria civil e comercial” (cons. 7) e abrange, em princípio, todos os litígios que tenham conexão com o território dos Estados-Membros vinculados pelo Regulamento, consistindo essa conexão no domicílio do requerido num desses Estados.

Por outro lado, a liberdade de circulação de decisões visada pelo Regulamento exige que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas e executadas num outro Estado-Membro, ainda que o devedor condenado esteja domiciliado num Estado terceiro (cons. 10), critério este que tem especial relevo no que respeita às competências exclusivas.<sup>2</sup>

### **1. A regra geral do foro do domicílio do demandado**

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

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

---

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

<sup>2</sup> De notar ainda que, em matéria de providências cautelares, o Regulamento permite que a adoção de medidas cautelares seja requerida às autoridades judiciais de um Estado-Membro mesmo que não sejam as competentes para conhecer da questão de fundo (art. 31.º).

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

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

Contra esta perspetiva poder-se-ia invocar, porém, a Diretiva sobre o comércio eletrónico, nos termos da qual: “(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. *O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica.* Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o *centro das suas atividades* relacionadas com esse serviço específico.”<sup>1</sup>

A importância da identificação dos prestadores dos serviços justificou, aliás, que a Diretiva sobre o comércio eletrónico tivesse previsto uma norma<sup>2</sup> obrigando os Estados-Membros a assegurarem que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, direto e permanente, pelo menos, às seguintes informações<sup>3</sup>: nome do prestador (1); endereço geográfico em que o

---

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

<sup>2</sup> Cfr. art. 5.º sob epígrafe “informações gerais a prestar”.

<sup>3</sup> Para além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, em especial dos que resultam da Diretiva sobre os contratos à distância (Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à

prestador se encontra estabelecido (2); elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço eletrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar direta e efetivamente com ele (3); caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo (4); caso determinada atividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente (5); no que respeita às profissões regulamentadas, a organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito, o título profissional e Estado-Membro em que foi concedido, e a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões (6); caso o prestador exerça uma atividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme (7); sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação deverá ser clara e inequívoca e explicitar obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega (8).

## 2. Competências especiais

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

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

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

Desde logo, o que é que se entende por facto danoso? A atividade causadora do prejuízo? A produção do efeito lesivo? Ou ambas? Pense-se, por exemplo, numa situação de violação de direitos de autor na Internet, em que uma página na Internet permite a qualquer pessoa fazer cópias de obras protegidas: o facto danoso, seja distribuição ou comunicação interativa ao público, ocorreu ou poderá ocorrer no país de domicílio do dono da página da internet e/ou antes no foro do ou dos utilizadores que realizaram cópias das obras na memória dos seus computadores ou noutros dispositivos

---

distância) e da Diretiva sobre indicação de preços (Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores).



(por ex., leitores MP3)? E no caso de violações ao direito moral? Poderão os tribunais dos países de *droit d'auteur* concluir, à semelhança da célebre decisão *Huston*, “que em França não pode ser cometido nenhum atentado à integridade de uma obra literária e artística, qualquer que seja o Estado em cujo território essa obra tiver sido divulgada pela primeira vez”, potenciando assim a “vocação universal” na Internet da lei francesa e, por arrastamento, dos seus tribunais<sup>1</sup>? O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os casos de alegadas infrações a direitos de marca. Suponha-se que uma empresa opera um sítio da rede num determinado país utilizando um signo que não foi aí registado por ninguém, mas todavia exerce a sua atividade económica de um modo que alegadamente infringe a marca noutros países onde está registada: onde é que ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso e, por conseguinte, qual é o foro competente?<sup>2</sup>

A jurisprudência do TJCE, num caso relativo a difamação por meio da imprensa, acolheu a “teoria da ubiquidade”, configurada pelo princípio de que o tribunal do “país de origem” seria competente para decidir o litígio em toda a sua extensão, reconhecendo, porém, ao mesmo tempo, competência aos tribunais dos outros Estados relativamente aos danos aí sofridos pelo autor da demanda<sup>3</sup>. Esta “fragmentação” da jurisdição justificar-se-ia, segundo o Tribunal, pelo imperativo de boa administração da

<sup>1</sup> P.Y. Gautier, *Les aspects de droit international privé (France)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Kluwer, 1997, 297.

<sup>2</sup> Cfr. *WIPO Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Rights*, Geneva, 2000, p. 13 (<http://ecommerce.wipo.int>). Note-se, em todo o caso, que os direitos de propriedade intelectual são criações legais de natureza fundamentalmente territorial (Convenção de Paris, art. 2(1), Convenção de Berna, Acordo ADPIC), em termos de que se a marca não é protegida num determinado país então é como se não existisse aí. Deste modo, poder-se-ia interpretar o Regulamento no sentido de que o facto danoso só poderia ter ocorrido ou ocorrer nos Estados onde a marca fosse protegida (por ex., através do aparecimento alegadamente infrator do signo nos ecrãs dos computadores), cabendo, portanto, jurisdição aos respetivos tribunais. Em alternativa, segundo a regra geral de jurisdição, o titular da marca poderia demandar a empresa alegadamente infratora perante os tribunais do local de domicílio (cfr. *idem, ibidem*, p. 14; especificamente sobre a problemática da proteção das marcas vide G. Dinwoodie, *Private International Aspects of the Protection of Trademarks*, WIPO/PIL/01/4, in WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 - <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>).

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

<sup>3</sup> Cfr. *Fiona Shevill c. Presse S.A.*, 7.3.1995, Rec. 1995, I-415.

justiça, uma vez que cada um dos Estados de destinação seria territorialmente o mais qualificado para apreciar a difamação cometida nesse Estado e determinar a extensão do prejuízo correspondente (cons. 23-32).

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

Se assim for, poder-se-á antecipar que a internet será um campo de aplicação da chamada teoria Bogsch, elaborada pela doutrina alemã e acolhida parcialmente pelos tribunais deste país. Nos termos da teoria Bogsch, a lei dos países de receção de sinais televisivos seria aplicável na medida em que a lei do país de origem não garantisse proteção adequada<sup>1</sup>. Adaptando esta teoria do direito internacional privado ao problema da competência judiciária internacional em matéria de responsabilidade extracontratual dir-se-á que os tribunais de cada Estado-Membro nos quais as páginas da internet sejam acessíveis poder-se-ão declarar competentes para apreciar litígios na internet na medida em que os tribunais do país de origem não assegurem proteção adequada, ao menos segundo os padrões mínimos de proteção garantidos pelos instrumentos internacionais<sup>2</sup>.

Isto significa, por outro lado, que a determinação do local de ocorrência do facto danoso nas comunicações pela Internet não deverá ser mediada, ao menos exclusivamente, pela regra constante da Diretiva Satélite e Cabo<sup>3</sup>, nos termos da qual a comunicação ao público se verifica apenas no Estado-Membro de origem (ou equivalente) dos sinais portadores do programa<sup>4</sup>. Com efeito, essa regra favoreceria os chamados “paraísos digitais”, tanto mais que, segundo a Diretiva sobre o comércio eletrónico, a atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos no espaço económico europeu não seria considerada equivalente à atividade do país de origem em virtude das isenções de responsabilidade nos casos de simples transporte, armazenagem temporária e armazenagem em servidor<sup>5</sup>.

De todo o modo, a indeterminação do critério de competência nas situações de responsabilidade extracontratual poderá ter o efeito de fragmentar a jurisdição com a consequente multiplicação de ações (“*Forum Shopping*”). Por exemplo, a utilização de

---

<sup>1</sup> Cfr. Dreier, *Private international law aspects (Germany)*, in *Copyright in Cyberspace, cit.*, p. 303. Analisando a competência judiciária dos tribunais alemães em situações de responsabilidade extracontratual norteada pelo critério do “Ort des Primärschadens” vide, nomeadamente, N. Härting, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999, p. 25 ss.

<sup>2</sup> Neste sentido, Paul Torremans, *Private International Law Aspects of IP – Internet Disputes*, in L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000, p. 245.

<sup>3</sup> Recusando o critério desta diretiva na internet vide, nomeadamente, T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998, p. 191.

<sup>4</sup> Art. 1.º, 1 e 2 Diretiva Satélite e Cabo (Diretiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo). Outra objeção que se levanta à aplicação desta regra na Internet é o facto de a decisão ter efeitos globais, proibindo a acessibilidade da mensagem mesmo em países nos quais não fosse considerada ilícita. Assim, por exemplo, a regra do país de origem reforçaria a amplitude dos direitos de propriedade intelectual, contornando o princípio da territorialidade que tradicionalmente os delimita.

<sup>5</sup> Cfr. arts. 12.º, 13.º e 14.º da Diretiva sobre comércio eletrónico.

uma marca na Internet poderá ser potencialmente processada em qualquer país do mundo, cabendo aos tribunais determinar se existe um nexó suficiente que justifique a sua jurisdição. Quando poderão os tribunais concluir pela existência de um nexó suficiente? Será adequada a jurisprudência estadunidense, nos termos da qual, seguindo a doutrina do *stream of commerce* (*International Shoe C. V. Washington, 1945*), dever-se-á distinguir consoante o site seja passivo, ativo ou antes interativo (*Blue Note*), exigindo-se que a jurisdição seja “diretamente proporcional à natureza e à qualidade da atividade comercial que uma entidade exerce na Internet” (*Zippo Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, SNY 1999), isto é, atender ao “nível de interatividade e natureza comercial da troca de informação” (*Hornell Brewing v. Rosebud Sioux Tribal Court*, 8th Circ. 1998)<sup>1</sup>?

---

<sup>1</sup> Cfr. WIPO Primer, p. 13-4. Neste passo será de considerar desde logo se um tribunal não deveria declinar jurisdição no caso de os utilizadores de um signo pretendessem evitar uma ligação com um determinado país através da colocação de um “aviso” no seu sítio da rede. Desse modo, a utilização dos signos seria territorializada, evitando ações em países nos quais pudessem existir direitos conflitantes. Note-se, todavia, que a recente jurisprudência estadunidense (*World Film Services v. RAI*, SDNY 1999) considerou satisfeito o critério do “doing business” pelo simples facto de a empresa estrangeira ré ter no território do foro uma subsidiária cujas operações controla, apesar de esta não ser parte direta da relação material controvertida. Cfr. J. Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (2000 Update), WIPO/PIL/01/2, p. 4, in *WIPO Forum on private International Law and Intellectual Property*, Geneva, January 30 and 31, 2001 <<http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents>>. Ora, parece seguro que a utilização do signo na Internet apenas pode infringir uma marca se esse uso puder ser considerado como ocorrendo no país em que a marca goza de proteção. A questão suscita-se em que condições poderá o aparecimento de uma marca na Internet constituir uso numa determinada ordem jurídica e dar origem a infração, podendo a noção de infração ser extensiva ou restritiva. Segundo um conceito extensivo ou amplo de infração, seria suficiente que o signo fosse visível num ecrã de computador situado num país no qual exista um direito de marca protegido. Esta noção ampla de infração foi adotada, por ex., nas decisões do Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Ordonnance de référé (October 13, 1996); *SG2 v. Brokat Informationssysteme GmbH* (“payline”) e do Kammergericht Berlin, 5 U 659/97 (March 25, 1997) (“Concert-Concept”). Além disso, afirma-se também que o uso de uma marca num sítio passivo da rede (por ex., um sítio que é dedicado à publicidade) deverá ser considerado como infração ao direito de marca. Ora, desta perspectiva decorre que o direito exclusivo da marca terá praticamente um efeito mundial, podendo ser inclusivamente utilizado para bloquear um uso que nem foi destinado a um país nem produz aí um efeito significativo, para além da mera visibilidade do signo num ecrã de computador. Pelo que, se assim fosse, o uso de um signo na Internet estaria potencialmente sujeito a litigiosidade em todos os países do mundo. Segundo um conceito mais restritivo, a determinação de uma infração exige uma ligação ou conexão entre o uso do signo na Internet e o país no qual a marca goza de proteção. Todavia, esta perspectiva presta-se a que os diversos países adotem padrões diferentes no que respeita à determinação dessa conexão relevante. Em todo o caso, parece que a determinação de uma conexão com um país deverá exigir que o utilizador intente produzir um efeito nesse país ou que um tal efeito seja pelo menos previsível. Nesse sentido, será necessário distinguir os vários níveis de interatividade de um sítio nos quais o signo é usado, no sentido de abranger, de igual modo, a utilização num contexto publicitário - sobre a utilização publicitária e contratual como meta-dados de signos protegidos por direitos exclusivos vide J. Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit., p. 213, e o nosso *Metatags, marca e concorrência desleal* (2001), *Direito Industrial*, Vol. III, APDI; para o direito comparado, vide, por ex., D. M. Cendali / C. E. Forssander / R. J. Turiello Jr., *An Overview of Intellectual Property Issues Relating to the Internet*, *Trademark Reporter*, 89, 1999, p. 529-532; S. Chong, *Internet Meta-tags and Trade Mark Issues*, *E.I.P.R.*, 1998, pp.275-277; N. Greenfield / L. Cristal, *The Challenge to Trademark Rights by Web Technologies: Linking Framing, Metatagging and Cyberstuffing*, *Trademark Law and the Internet*, 1999, pp.207-216; T. F. Presson / J. R. Barney, *Trademarks as Metatags: Infringement or Fair Use?*, *AIPLA Quarterly Journal*, 1998, pp.147-178; D. M. Kelly / J. M. Gelchinsky, *Trademarks on the Internet: How Does Fair Use Fare?*, *Trademark World*, 114, 1999, pp.19-22; C. Curtelin, *L’utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d’entreprises*

O projeto de Convenção de Haia pretende solucionar esta questão dispondo que, no caso de uma ação ser proposta nos tribunais de um Estado apenas com base em que o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer aí, esses tribunais só terão jurisdição relativamente ao facto danoso que ocorreu ou poderá ocorrer nesse Estado, a menos que a pessoa lesada tenha a sua residência habitual nesse Estado (art. 10.º, 4). Por outro lado, o projeto de Convenção de Haia prevê também que a jurisdição do tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso depende de o demandado não alegar que não poderia ter previsto tal resultado nesse Estado. O grupo de peritos criticou esta solução alegando que quem coloca informação difamatória numa página da rede pode sempre razoavelmente prever que essa informação poderá ser lida em qualquer lugar do mundo.<sup>1</sup>

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

É muito duvidoso que um tribunal decline competência se uma mensagem originária de outro Estado ofender a sua ordem jurídica, nomeadamente os direitos de

---

comerciales, in *Révue de Droit de L'Informatique et des télécoms*, 3/1999, p. 16 ss). Além do mais, um outro aspeto que interessa considerar diz respeito ao efeito global das injunções na Internet. Com efeito, o âmbito de proteção do direito de marca é determinado não apenas pela definição de quando esse direito é infringido, mas também pela especificação das medidas disponíveis para o titular do direito quando uma infração ocorre. Ora, sendo um direito de marca infringido pelo uso de um signo na Internet põe-se a questão de saber se o seu proprietário deverá poder exigir, com recurso aos tribunais, que o réu fique impedido de realizar qualquer uso do signo através da Internet. Na verdade, uma tal providência cautelar terá um efeito tão global quanto a própria Internet. Parece existir um crescente consenso internacional segundo o qual a proteção das marcas dever estender-se à Internet e que essa proteção não deverá ser nem mais nem menos ampla do que aquela que vigora no mundo físico. Neste sentido, a proteção do direito de marca tradicional no ciberespaço não deveria ter o efeito de uma marca nacional (e, portanto, territorialmente limitada) originar um direito exclusivo à escala global através da Internet. Pelo que consideramos correto que as providências disponíveis sejam, tanto quanto possível, limitadas ao território no qual o titular detém um direito exclusivo, no sentido de os tribunais nacionais limitarem os efeitos das suas decisões ao território no qual a marca infringida beneficia de proteção. Isto significa que também aqui caberá aos tribunais um papel criativo na elaboração de “soluções equitativas”, tal como obrigando o utilizador de um signo na Internet a tomar medidas razoáveis para evitar contactos com o território no qual o titular da marca detém um direito exclusivo, por exemplo, através da colocação de declarações adequadas no seu sítio (“disclaimers”, como referido atrás), utilizando os mecanismos técnicos para bloquear o acesso pelos utilizadores da Internet situados num determinado território. De igual modo, os tribunais poderiam encorajar os utilizadores concorrentes a partilhar uma “página de corredor” comum ou a mutuamente fornecerem hiperligações (links) para os respetivos sítios. Finalmente, as injunções globais na Internet deveriam ser apenas admitidas como última *ratio* de modo a abranger exceccionalmente os casos em que a utilização do signo na Internet atingiu intencionalmente e de má fé um direito de marca. Nestas situações extremas e decerto excepcionais, seria porventura adequado proibir todas as formas de uso de um signo conflituante na Internet de modo a remover o seu efeito lesivo no território (ou territórios) em que a marca goza de proteção, impedindo esse uso de violar os legítimos interesses do titular da marca. Cfr. WIPO Primer, cit., pp. 40-42.

<sup>1</sup> Cfr. Hague Conference, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 8.

personalidade e de propriedade intelectual que aí são reconhecidos, a menos que razoavelmente conclua que essa mensagem não é dirigida ao seu território (por ex., em virtude do nível de interatividade atual ou potencial – *Cybersell, Rosebud*) ou que os tribunais do Estado de origem poderão garantir proteção adequada (teoria *Bogsch*) segundo os padrões mínimos internacionais. Por outras palavras, a questão será deixada à jurisprudência<sup>1</sup>, enquanto na doutrina vão sendo feitos apelos no sentido da adoção, sob a égide da OMPI, de um instrumento internacional que clarifique esta matéria<sup>2</sup>.

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

Os contratos são objeto de uma regra de competência especial, nos termos da qual o devedor poderá ser demandado perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em causa. Entende-se que o lugar de cumprimento da obrigação será o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues no caso da venda de bens (1), ou o lugar onde os serviços foram ou devam ser prestados no caso da prestação de serviços (2)<sup>3</sup>.

No domínio do comércio eletrónico indireto parece não haver dúvidas quanto ao local de cumprimento da obrigação. Porém, no âmbito do comércio eletrónico direto já se suscitam alguns problemas. Pense-se, por exemplo, na compra e venda de programas de computador efetuada exclusivamente por meios eletrónicos, com encomenda, pagamento e entrega em linha mediante transferência eletrónica de dados. Trata-se de venda de bens ou antes de prestação de serviços?

À primeira vista, parece que a qualificação dos contratos para efeitos da determinação do foro competente será uma questão prévia, cuja solução poderá apontar em sentidos diversos consoante o entendimento perfilhado. A orientação do direito

---

<sup>1</sup> Idênticos critérios serão de considerar nos casos em que o Regulamento não é aplicável em virtude de o requerido não ter domicílio no território de nenhum Estado-Membro vinculado pelo Regulamento, de modo a interpretar as regras internas previstas no Código de Processo Civil (ter sido praticado em território português o facto - ou alguns dos factos - que serve de causa de pedir na ação, acautelar o efeito útil da decisão, ou não ser exigível ao autor a propositura da ação no estrangeiro: art. 65.º).

<sup>2</sup> Vide A. Lucas, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks*, 1998, GCPIC/1, p. 35, *Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks*, Geneva, December 16 to 18, 1998.

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

comunitário parece apontar no sentido de que se trata de prestação de serviços.<sup>1</sup> Todavia, a discussão não está encerrada.<sup>2</sup> O mesmo problema foi suscitado no âmbito do grupo de peritos encarregado da análise da conformidade do projeto de Convenção de Haia às exigências do comércio eletrônico, sustentando-se que o correspondente preceito (o art. 6.º do Projeto<sup>3</sup>) não seria aplicável aos contratos executados em linha. Deste modo, seria necessária uma regra suplementar para estes contratos, a qual poderia apontar no sentido da competência do foro do lugar do cumprimento ou, mais exatamente, do lugar da entrega da informação, segundo uma redação semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo do Comércio Eletrónico da UNCITRAL<sup>4</sup>.

O Regulamento parece ter em conta esta solução, uma vez que prevê um outro critério, nos termos do qual se não se tratar de venda de bens nem de prestação de serviços e se as partes nada tiverem convencionado quanto ao lugar de cumprimento da obrigação em questão, será aplicável a alínea a), ou seja, será competente o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão. E que lugar será esse? Recorrendo ao 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL poder-se-ia dizer que, em princípio, seria o lugar do domicílio do destinatário.<sup>5</sup>

Em suma, nas situações de responsabilidade contratual, o Regulamento prevê o foro do local de cumprimento da obrigação, esclarecendo que esse local será salvo convenção em contrário, o local da entrega na venda de bens ou o local da prestação nos serviços. Porém, no domínio do comércio eletrônico direto não é certo se se trata de

---

<sup>1</sup> Cfr. Diretiva sobre o comércio eletrônico, cons. 18, ilustrando exemplificativamente a noção de serviços da sociedade da informação (Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno); Diretiva Bases de Dados, art. 5.º-c, cons. 33 (Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados); Diretiva Direito de Autor na Sociedade da Informação, cons. 19 (Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação); Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio eletrônico e fiscalidade indireta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respetivas declarações acordadas, WCT, dezembro de 1996.

<sup>2</sup> Por exemplo, nos EUA, bem como no Brasil, as leis de implementação dos Tratados da OMPI deixaram em aberto a qualificação dos atos de “distribuição” eletrónica, sendo que nos EUA é constante a jurisprudência que admite a distribuição por meios eletrónicos. Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 2001, § 48, pp. 568 ss.

<sup>3</sup> Article 6 – Contracts. A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which: a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part; b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part; c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

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

<sup>5</sup> Cfr. Hague Conference, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, 2000, p. 5.

venda de bens ou de prestação de serviços. Se interpretarmos o Regulamento à luz do acervo comunitário, excetuando a Diretiva sobre programas de computador<sup>1</sup>, concluiremos que se trata de serviços. O grupo de peritos da Conferência de Haia debateu a questão em face de um artigo idêntico do Projeto, tendo concluído que esse preceito não seria aplicável no domínio dos contratos do comércio eletrônico direto e que seria necessário um preceito de teor semelhante ao art. 15.4 da Lei Modelo da UNCITRAL. Interpretando o Regulamento de acordo com esses peritos, a questão ficaria em aberto, uma vez que se remete para o critério da responsabilidade contratual, isto é, para o foro do local de cumprimento da obrigação. Isto significa, por outras palavras, que também aqui a jurisprudência terá uma palavra importante a dizer.<sup>2</sup>

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

Os contratos são, de todo o modo, um domínio de eleição para o princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição. O Regulamento dá expressão a esse princípio, admitindo tais pactos e fixando aliás a competência exclusiva dos tribunais designados, salvo convenção em contrário. Dispõe que os pactos terão que revestir a forma escrita e admite a sua celebração pela internet uma vez que consagra a equivalência da forma escrita a qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto (art. 23.º, 2)<sup>3</sup>. Porém, a liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre certos limites impostos pelo princípio da proteção da parte mais fraca, nomeadamente o consumidor<sup>4</sup>. Vejamos.

A secção 4 do Regulamento fixa critérios especiais de competência em matéria de contratos celebrados por consumidores. Consumidor é a pessoa que celebra um contrato para finalidade estranha à sua atividade comercial ou profissional<sup>5</sup>. A regra é a de que o

---

<sup>1</sup> Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

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

<sup>3</sup> Resta saber se a validade e força probatória dessa comunicação será dependente do regime das assinaturas eletrónicas instituído pela diretiva comunitária (Diretiva n.º 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas).

<sup>4</sup> No sentido de que “os princípios da autonomia das partes e da proteção da parte mais fraca ocupam um lugar de destaque”, podendo considerar-se “as peças essenciais de um direito internacional privado da Comunidade Europeia”, R.M. Moura Ramos, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, AA.VV., STVDIA IVRIDICA 38, COLLOQUIA – 1, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 124 (e *passim* p. 93 ss).

<sup>5</sup> Trata-se de uma definição de consumidor mais estreita do que a prevista em outros instrumentos de direito comunitário, em especial a Diretiva sobre o comércio eletrônico, a qual define o consumidor como qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º-e). Literalmente, a pessoa singular que não atue para fins alheios à sua atividade empresarial, embora não seja uma atividade comercial ou profissional, não é considerada consumidor para efeitos do Regulamento, embora já o seja no quadro da Diretiva sobre o comércio eletrônico. Acentua-se, portanto, a

consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte, quer perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território esteja domiciliada essa parte, quer perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio; por seu turno, a outra parte só pode intentar uma ação contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor (art. 16.º)<sup>1</sup>.

Este regime abrange todos os casos - incluindo os contratos de fornecimento de viagens organizadas, embora excetuando o simples transporte -, em que o contrato é concluído com uma pessoa que tem atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa atividade, *por quaisquer meios*, a esse Estado-Membro ou a vários Estados-Membros incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essa atividade. Ao referir que essa atividade pode ser

---

noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário. Sobre esta questão *vide* o nosso estudo *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDUC/CDC, Coimbra, 2000, p. 59 ss., com mais referências.

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

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



dirigida “por quaisquer meios” parece o Regulamento abranger também o comércio eletrónico na Internet<sup>1</sup>.

Argumentou-se que esta solução poderia paralisar o comércio eletrónico, uma vez que o exercício de atividades comerciais ou profissionais através da internet ficaria potencialmente sujeito a litigância em todos os Estados-Membros, ou pelo menos os agentes teriam que apor avisos nas suas páginas no sentido de os seus produtos ou serviços se destinarem apenas aos consumidores de certos países. Além disso, a expressão “dirigir a atividade” na internet a um ou vários Estados-Membros seria de difícil compreensão. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que uma página com textos exclusivamente em Português seria “dirigida” apenas a consumidores residentes em países lusófonos? Com efeito, na doutrina sustenta-se “como sendo dirigido ao país da residência habitual qualquer anúncio feito num meio de comunicação que seja suscetível de alcançar todos os países (como, por exemplo, a transmissão televisiva por satélite e a Internet)”<sup>2</sup>.

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

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

---

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

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

#### 2.4. A possível desproteção do consumidor no Regulamento 44/2001

O princípio da autonomia das partes na celebração de pactos atributivos de jurisdição sofre algumas limitações impostas pelo princípio da proteção da parte mais fraca<sup>1</sup>. Com efeito, nos contratos de seguro, de consumo e de trabalho o Regulamento prossegue este princípio por duas vias. Primeiro, estabelece regras especiais de competência mais favoráveis aos interesses da parte mais fraca. Segundo, limita a sua autonomia na celebração de pactos atributivos de jurisdição. Assim, por exemplo, nos contratos celebrados pelos consumidores, dispõe que o consumidor poderá sempre demandar no foro do seu domicílio a outra parte e esta só poderá demandar o consumidor no foro do domicílio dele.

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

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

Sob pena de o intérprete concluir que o legislador europeu não foi razoável, ao permitir uma solução suscetível de esvaziar de sentido o princípio da proteção da parte mais fraca – atentando assim contra o “espírito do sistema”<sup>2</sup>, nos dizeres do nosso Código Civil -, talvez se deva integrar essa cláusula derogatória com a parte final do preceito, integrada na terceira cláusula derogatória, que ressalva a possibilidade de a lei do Estado-Membro do domicílio do consumidor não permitir tais convenções. Na sua qualidade de garante, o intérprete velaria assim pela razoabilidade do legislador, corrigindo o seu lapso não apenas lógico, mas também - e sobretudo - valorativo.

---

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

<sup>2</sup> Não será, todavia, a primeira vez que o legislador europeu, em nome da proteção do consumidor, consagra soluções que acabam por se revelar manifestamente contrárias ao espírito que, supostamente, as anima. Veja-se, a este propósito, o que escrevemos relativamente à solução da Diretiva sobre o comércio eletrónico em matéria de contratos negociados e celebrados exclusivamente por correio eletrónico em *A proteção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio eletrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, FDUC/CDC, Coimbra 2000, p. 110 ss.

Ora, neste sentido, seria de considerar que, quer no direito comunitário<sup>1</sup>, quer no direito interno<sup>2</sup>, prevê-se como exemplo indicativo de “cláusula abusiva” aquela que permite suprimir ou entravar ações judiciais (al. q do anexo referido no art. 3.º da diretiva) ou que estabelece um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (art. 19.º-g).<sup>3</sup> É verdade que na diretiva comunitária a cláusula é meramente indicativa e que no direito português é apenas relativamente proibida. Pelo que, como aliás é próprio das questões que envolvem a boa fé, saber se a lei dos Estados-Membros admite essa convenção é matéria que terá que ser determinada pelos tribunais, segundo o quadro negocial padronizado, isto é, o “paradigma” ou “modelo... de determinado setor de atividade”<sup>4</sup>. Por outras palavras, a questão será deixada à jurisprudência, embora possamos antecipar, com algum grau de probabilidade, que um tribunal português considere tal cláusula inválida.

Todavia, o tribunal terá ainda que resolver a “questão prévia” da sua competência, uma vez que para declarar a invalidade de tal pacto atributivo de jurisdição contrário à sua competência com base na lei das cláusulas contratuais gerais o tribunal terá que se considerar competente. Parece-nos que o princípio fundamental da competência judiciária internacional da proteção da parte mais fraca, em ordem a assegurar encontrar um equilíbrio entre as partes, permitirá fundamentar adequadamente a sua competência, sempre que o contrato “apresente uma conexão estreita com o território português”, nos termos do art. 23.º, 1, do diploma das cláusulas contratuais gerais (e individuais...) abusivas, na redação introduzida pela alteração de 99. Pense-se, por exemplo, nos casos de litígios envolvendo consumidores «passivos» residentes em Portugal que

---

<sup>1</sup> Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

<sup>2</sup> Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.º 220/95 de 31 de janeiro (com a redação da Declaração de retificação n.º 114-B/95) e n.º 249/99, de 31 de julho.

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

<sup>4</sup> António Pinto Monteiro, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 1116.

encomendem bens pela Internet, devendo os bens adquiridos ser entregados no seu domicílio.<sup>1</sup>

### 3. As competências exclusivas

O Regulamento prevê competências exclusivas para certas matérias. Isto é, para decidir os litígios relativos a certas matérias só terão competência os tribunais do Estado-Membro aí definidos. Os direitos de propriedade intelectual assumem especial relevo no domínio da Internet. Ora, justamente para os direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito, o Regulamento prevê uma regra de competência exclusiva, em matéria de inscrição ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos, e outros direitos análogos sujeitos a depósito ou registo (por ex., topografias de produtos semicondutores). Nestes casos têm competência exclusiva os tribunais do Estado-Membro em cujo território o depósito ou o registo tiver sido requerido, efetuado ou considerado efetuado nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional.<sup>2</sup>

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

O princípio que preside a esta regra de competência exclusiva é o da boa administração da justiça. Porém, este regime poderá alargar excessivamente a competência exclusiva relativamente a certos processos sobre direitos de propriedade industrial, uma vez que exclui todos os restantes foros, seja o domicílio do demandado, seja o *forum delicti commissi*, seja inclusivamente o foro designado pelas partes num pacto atributivo de jurisdição (art. 23.º, 5, *in fine*). Em vista disto, o projeto alterado de Convenção de Haia aditou um novo n.º 5 ao art. 12.º, nos termos do qual a competência exclusiva não exclui a jurisdição de nenhum outro tribunal segundo a Convenção ou a lei nacional do Estado Contratante nas ações relativas a violações de patente. É questionável, porém, por que razão deverá este regime valer apenas para as patentes e não para os outros direitos sujeitos a registo, nomeadamente as marcas<sup>3</sup>.

O Regulamento europeu prevê as situações de ações conexas pendentes em tribunais de Estados-Membros diferentes, permitindo ao tribunal a que a ação foi submetida em segundo lugar suspender a instância, considerando-se conexas as ações ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas

---

<sup>1</sup> Cfr. o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo*, EDC, 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001. Especialmente sobre o problema da articulação da Convenção de Roma com a norma de conflitos da lei das cláusulas contratuais gerais e a prescrição da diretiva sobre cláusulas abusivas, vide Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001, pp. 41-3 e 123 ss, com mais indicações.

<sup>2</sup> Veja-se, entre nós, para os pedidos de patente, arts. 57.º e seg. do Código da Propriedade Industrial; para os pedidos de marca comunitária, art. 25.º e seg. do Regulamento 40/94.

<sup>3</sup> Cfr. WIPO Primer, 16.

simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente (art. 28.º, 1 e 3). Talvez por aqui se possa evitar o efeito da concentração de ações em matéria de violação de direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo ou depósito em tribunais de determinados países resultante da regra de competência exclusiva.<sup>1</sup>

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

Para começar, no que respeita aos direitos de autor e direitos conexos, incluindo o direito do fabricante de bases de dados, que podem ser sujeitos a registo ou depósito, nada se diz. Como interpretar o silêncio do legislador europeu? A nosso ver este silêncio significa que aquela regra de competência exclusiva não se aplica aos direitos

---

<sup>1</sup> Interessa registar a este propósito um breve apontamento de direito comparado. Segundo Yasuto Komada (*International Jurisdiction Problem on Intellectual Property: An Overview of Japanese Law*, 2001, relatório gentilmente fornecido pelo Autor), no Japão não existe nenhuma regra para as matérias de jurisdição internacional, sendo utilizada, na prática o princípio da *ratio naturalis* (Supreme Court, October 16, 1981, Minshu, vol.35, no.7, p.1224), embora os tribunais devam recusar competência se a aplicação da regra nacional se traduzir num resultado “unfair” segundo a reserva das circunstâncias especiais (Supreme Court, November 11, 1997, Hanreijihō, no.1626, p.74). Por outro lado, no que respeita às ações em matéria de validade de direitos de propriedade intelectual, vale a regra do domicílio do demandado (Código de Processo Civil Japonês, art. 4), embora se reconheça a existência no contexto internacional de uma opinião forte no sentido da competência exclusiva do país do registo do direito em virtude da diversidade de legislações nacionais, da dificuldade de um tribunal decidir as questões de validade de direitos estrangeiros, e finalmente, do risco de que isso possa traduzir-se numa violação da soberania de outro Estado. Porém, no meio académico, algumas vezes pronunciam-se contra a necessidade de introdução de uma tal regra, uma vez que depende da política de cada Estado reconhecer as decisões dos tribunais de outros países e mesmo que um tribunal japonês decida da validade do direito registado noutro país, isso não infringe a liberdade desse país para reconhecer ou recusar o efeito da decisão do tribunal japonês. Relativamente aos direitos não sujeitos a registo, como os direitos de autor, é pacífico a recusa da regra de competência exclusiva. Existe, porém, um caso sobre titularidade de direitos no qual o Tribunal Distrital de Tóquio - posteriormente confirmado pelo Supremo - declarou não ser competente em virtude de não existir no Japão jurisdição sobre a localização da propriedade segundo o art. 5.º, 4, do CPP (Tokyo District Court, January 28, 1999, Hanreitaimuzu, no.1001, p.236). Por outro lado, no que respeita às ações em matéria de violação de direitos de propriedade intelectual, a lei japonesa (art. 5.º, 9, CPP) estabelece a competência especial do tribunal do lugar do facto danoso (“place of tort”), abrangendo, no contexto internacional, quer o lugar de comissão quer o lugar da produção dos danos. Segundo Komada, os interesses da indústria seriam favoráveis à introdução de uma regra de competência exclusiva, uma vez que o demandado alega normalmente uma exceção de validade do relevante direito de propriedade intelectual, exceto para os direitos de autor (não sujeitos a registo). Com efeito, no Japão não é permitido alegar essa exceção perante o tribunal, a menos que se trate de invalidade óbvia pois poderá tratar-se de uma situação de abuso do direito (Supreme Court, April 11, 2000, Hanreijihō, no.1710, p.68). Além disso, segundo Komada, no meio académico seria muito forte a opinião de que não é necessário introduzir uma tal regra de jurisdição exclusiva com base nos seguintes argumentos. Primeiro, essa defesa temporária não é a questão principal e o efeito da decisão do tribunal apenas vincula as partes envolvidas. Segundo, essa defesa temporária poderá ser também alegada noutros tipos de ações como as ações relativas a contratos de licenças. Terceiro, a introdução de uma tal regra de competência exclusiva poderia ter por efeito a necessidade de demandar em cada país para a proteção de direitos de propriedade intelectual, o que seria injusto para as pequenas empresas. Quarto, a competência exclusiva tornaria inútil qualquer pacto de atribuição de jurisdição nos contratos de licença, os quais têm muita importância nas práticas comerciais internacionais. Quinto, por fim, a competência exclusiva poderia ter efeitos sobre a cláusula de arbitragem. De todo o modo, a jurisprudência japonesa ainda não reconheceu a proposta competência exclusiva em diversos casos de infração de patentes, tendo os tribunais em todos eles não declinado competência (Tokyo District Court, June 12, 1953, Kakyuminshu, vol.4, no.6, p.847; Tokyo District Court, November 4, 1999, Hanreitaimuzu, no.1006, p.257; Tokyo High Court, January 27, 2000, Hanreijihō, no.1711, p.13), embora também não tenha sido alegada a defesa de invalidade.

de autor, uma vez que segundo as Convenções de Berna e de Roma, de que todos os Estados-Membros são parte, a existência de direitos não depende dessas formalidades<sup>1</sup>. Isto é, os direitos de autor são excluídos desta regra de competência exclusiva, uma vez que não estão sujeitos a registo ou a depósito nos Estados-Membros da União Europeia que são todos partes da Convenção de Berna. Neste sentido, aliás, o projeto de Convenção de Haia, embora reconheça que o registo ou depósito desses direitos é possível, exclui-os expressamente do âmbito desta regra de competência exclusiva<sup>2</sup>.

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

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

Entre nós, “a FCCN – Fundação para a Computação Científica Nacional, recebeu por delegação da IANA – Internet Assigned Numbers Authority, a responsabilidade pelo registo dos domínios específicos de Portugal, i.e. aqueles que se encontram registados imediatamente abaixo do domínio de topo PT”<sup>3</sup>. Nessa medida, o registo de nomes de domínio não seria um registo público dada a natureza de ambas entidades. É verdade que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97 se intitula como regulamentando o registo e gestão dos nomes de domínios da Internet para Portugal. Porém, a verdade é que se limitou, nomeadamente, a mandar o Ministério da Ciência e Tecnologia para “dirimir, até à aprovação das medidas legais referidas, todas as divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos domínios ou subdomínios Internet específicos de Portugal.” Ora, as referidas “medidas legais” ainda não foram aprovadas e o novo regulamento da FCCN “adota, desde já, uma política de resolução extrajudicial de litígios – processo de arbitragem -, a qual, conforme as melhores práticas, fornecerá garantias processuais às partes envolvidas e aplicar-se-á sem prejuízo de eventuais procedimentos judiciais”, reconhecendo porém certos poderes ao MCT<sup>4</sup>. Todavia, significam estes poderes que o serviço de registo de nomes de

<sup>1</sup> Cfr. Convenção de Berna, art. 5.º, Convenção de Roma, art. 11.º, Acordo APIC (TRIPs), art. 9.º,

<sup>2</sup> *Article 12 (Exclusive jurisdiction)*: 4. In proceedings which have as their object the registration, validity, [or] nullity[, or revocation or infringement,] of patents, trade marks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction. *This shall not apply to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible.*

<sup>3</sup> DNS.PT – Serviço de Registo de Domínios de PT. (setembro de 1999).

<sup>4</sup> Ver o Regulamento DNS disponível em <http://www.dns.pt/>: “2.11 Arbitragem - 2.11.1. Em caso de conflito sobre nomes de domínios ou de subdomínios, poderão as partes envolvidas acordar em recorrer à arbitragem, regulada nos moldes seguintes: a) Cada parte designará um árbitro, perito na área da Internet.

domínio é um registo público? Tanto mais que a FCCN exerce os seus poderes “no âmbito da delegação efetuada pela IANA - Internet Assigned Numbers Authority (RFC 1032/3/4 e 1591), organização recentemente substituída pelo ICANN- Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (DNS, p. 1).

Em nosso entender, os direitos sobre nomes de domínio são direitos sujeitos a registo, mas cuja realização não é regulada por instrumento comunitário ou convenção internacional. Pelo que nos parece razoável sustentar que o registo de nomes de domínio deverá ser equiparado a um registo público, para efeitos de competência judiciária internacional.<sup>1</sup>

### III. OS ADRs e a «Jurisdição Técnica»

#### 1. A teia jurídica extrajudicial

Paralelamente aos meios judiciais tradicionais assiste-se à criação de uma teia jurídica que promove a utilização da tecnologia como medidas efetivas de proteção e de gestão de direitos (em especial no domínio dos direitos de autor), bem como o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos (ADR), em especial os códigos de conduta e a arbitragem através de procedimentos de resolução em linha de conflitos<sup>2</sup>, sendo de destacar os procedimentos de *notice and take down* instituídos pela DMCA e o sistema administrativo de resolução de conflitos relativos a nomes de domínio implementado pela ICANN segundo as recomendações do WIPO *Internet Domain Name Process*.

#### 2. «Technopol» e «Cyberspy»

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

Porém estes serviços colocam questões delicadas em matéria de privacidade e tratamento de dados pessoais. O objetivo é identificar e localizar conteúdos ilicitamente disseminados na rede, para prevenir os efeitos nefastos da duplicação automática e do

---

Os peritos designarão, por sua vez, um terceiro perito que servirá de árbitro presidente ao qual caberá voto de qualidade no caso de empate. b) Os custos associados ao processo de arbitragem serão suportados por cada parte em relação ao árbitro que designarem e em metade relativamente ao árbitro presidente. 2.11.2. As partes obrigam-se expressamente a não recorrer a outros meios de resolução de conflitos antes de proferida a decisão arbitral, a qual deve acontecer no prazo máximo de 60 dias a contar da designação dos árbitros. 2.12 Poderes do Ministro da Ciência e da Tecnologia - Ao Ministro da Ciência e da Tecnologia cabe, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, de 5 de maio, dirimir divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos domínios ou subdomínios Internet específicos de Portugal.”

<sup>1</sup> A este propósito cumpre referir que nos EUA foi adotada legislação – a *Anticybersquatting Consumer Protection Act* - no sentido de, em certas circunstâncias, a competência judiciária poder ser fundamentada na localização da *res*, isto é, jurisdição *in rem* no local onde um nome de domínio é registado. *Anticybersquatting Consumer Protection Act*, S. 1948, Title III, sections 3000-3010 (November 1999), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d106:s.01255>.

<sup>2</sup> Vide Diretiva sobre comércio eletrónico, arts. 16.º e 17.º

“morphing” permitidos pela tecnologia digital. Contudo, ao mesmo tempo, esta polícia tecnológica, cuja máxima é “a resposta para a máquina está na máquina”, recolhe e processa dados pessoais dos utilizadores da rede, em termos que podem atentar contra a sua privacidade. Pense-se no que tem sucedido recentemente com os utilizadores do sistema NAPSTER e afins.

No direito europeu, o nível de proteção de dados pessoais e da privacidade<sup>1</sup> não tem paralelo nos EUA. De acordo com o direito europeu, a transferência de dados pessoais só é permitida se eles garantirem uma proteção adequada da privacidade, ao passo que nos EUA a questão tem sido deixada fundamentalmente à autorregulação do mercado. No quadro das negociações entre os dois espaços, a Comissão adotou recentemente uma decisão relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de porto seguro<sup>2</sup>.

### **3. A arbitragem eletrónica**

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

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

Neste sentido, a Diretiva sobre o comércio eletrónico, considerando que deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação suscetível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias eletrónicas apropriadas e que esse ajustamento deve ter como resultado tornar real e efetivamente possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em

---

<sup>1</sup> Ver 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 n.º 67/98 de 26 de outubro: Lei da Proteção de Dados Pessoais); Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações (transposta pela Lei n.º 69/98 de 28 de outubro: Regula o tratamento dos dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das telecomunicações).

<sup>2</sup> Decisão da Comissão de 26 de julho de 2000 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de "porto seguro" e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América.

<sup>3</sup> Cfr. WIPO Primer, p. 24.



situações transfronteiriças (51), dispõe<sup>1</sup> que os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, *inclusive através de meios eletrónicos adequados* (1). Além disso, prevê ainda que os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas (2).<sup>2</sup> Porém, o papel dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos<sup>3</sup> é consagrado sem prejuízo do recurso aos meios judiciais, nomeadamente no que respeita à possibilidade de intentar ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses coletivos dos consumidores previstas na Diretiva sobre ações inibitórias<sup>4</sup>.

#### 4. O papel dos intermediários técnicos

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

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

Nos EUA, a DMCA<sup>5</sup> prevê procedimentos de *notice and take down* no que respeita às isenções de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha. Prevê também

---

<sup>1</sup> Artigo 17.º - Resolução extrajudicial de litígios.

<sup>2</sup> Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2001 designou o Instituto do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, como centro de coordenação, funcionando como ponto de contacto nacional, no âmbito da Rede Europeia de Organismos Nacionais de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo.

<sup>3</sup> Sobre o papel dos ADRs, *vide*, desenvolvidamente, H. Perritt, Jr., *Electronic Commerce: Issues in Private International Law and the Role of Alternative Dispute Resolution*, WIPO/PIL/01/6, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001 – <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents/>.

<sup>4</sup> Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. Refira-se, no direito comparado, que em junho de 2000 a Comissão Federal do Comércio e o Departamento do Comércio reuniram em Washington para identificar os interesses envolvidos no comércio eletrónico quando as transações são concluídas entre uma empresa e um consumidor, tendo assistido diversos prestadores de serviços de resolução alternativa de conflitos. Os participantes discutiram que vias deveriam ser exploradas no futuro de modo a dar confiança aos consumidores e a incorporação destes métodos alternativos num sistema de resolução de conflitos global, especialmente em relação aos processos judiciais. Ver: [www.ecommerce.gov/adr](http://www.ecommerce.gov/adr).

<sup>5</sup> *The Digital Millennium Copyright Act*, 1998, Sec. 512. Para uma crítica à DMCA *vide* P. Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berkeley Tech. LJ, 1999, p. 520; sobre a DMCA poderá ver-se também, com mais referências e descrição sumária em anexo, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei*

procedimentos relativos aos termos apropriados da notificação e regras quanto aos seus efeitos. No procedimento de aviso e eliminação, o titular de direitos de autor apresenta ao agente designado do prestador de serviços uma notificação sob pena de perjúrio, incluindo uma lista de elementos especificados. O não cumprimento substancial dos requisitos legais significa que a notificação não será considerada na determinação do requisito do nível de conhecimento pelo prestador de serviços. Se, tendo recebido uma notificação apropriada, o prestador de serviços prontamente remover ou bloquear o acesso ao material identificado na notificação, o prestador será isento de responsabilidade pecuniária. Além disso, o prestador é protegido contra qualquer responsabilidade relativamente a queixas de qualquer pessoa fundadas em ter eliminado o material.

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

Em comparação, no direito europeu, ao contrário da DMCA, a Diretiva sobre comércio eletrónico não harmoniza o problema dos “*notice and take-down procedures*” deixando tal possibilidade para os Estados-membros e remetendo tal matéria para o relatório sobre a aplicação e eventual adaptação futura da Diretiva, esclarecendo ainda o preâmbulo que a remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efetuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão, deixando-se a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação<sup>1</sup>.

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

---

*Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXV, Universidade de Coimbra, 1999, p. 475-521.

<sup>1</sup> Diretiva sobre comércio eletrónico, art. 21.º, 2, e cons. 46.

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

Este sistema adotado pela ICANN<sup>1</sup>, que se baseia na liberdade contratual, na autorregulação e na ausência de legislação nacional e internacional, permite a aplicação direta das autoridades de registo de nomes de domínio das decisões tomadas pelos árbitros administrativos. Além disso, este sistema aplica-se numa base internacional abrangendo os domínios de topo genéricos da Internet (gTLDs), isto é, os mais importantes.

## **5. Sistemas técnicos de proteção e de gestão de direitos de propriedade intelectual**

A informação constitui um recurso económico fundamental no quadro dos serviços da sociedade da informação<sup>2</sup>. Por seu turno, a propriedade intelectual, por via dos direitos de autor e figuras conexas, surge como a forma jurídica de domínio sobre a informação transacionada. Um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados eletrónicas em linha. As bases de dados eletrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual<sup>3</sup>.

As bases de dados são definidas em termos amplos, consistindo em coletâneas de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e suscetíveis de acesso individual por meios eletrónicos ou outros (art. 1.º, 2). Independentemente da proteção a que haja lugar pelo direito de autor, as bases de dados assim definidas serão objeto de um direito chamado *sui generis* de proibir a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do seu conteúdo. Este direito é atribuído ao fabricante das bases de dados quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo; sendo que esse

---

<sup>1</sup> ICANN, Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy24oct99.htm>.

<sup>2</sup> Cfr. os nossos *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Eletrónicas*, in ROA 1999, p. 970 ss, e *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Eletrónico na Internet*, Working Paper 2 /01, p. 20 ss: [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt).

<sup>3</sup> Veja-se, entre nós, o Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de outubro, que transpõe a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, e o Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de julho, que transpõe a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 1996 relativa à proteção jurídica das bases de dados. No plano internacional, veja-se, especialmente, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996). Sobre a diretiva bases de dados poderá ver-se, para além da nossa dissertação, *inter alia*, Cornish (et al.), *Protection of and vis-à-vis databases*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, 1997, p. 435; Goebel, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, 1995, p. 106-117; Vivant, D. 1995, p. 197; Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 249; Mallet-Poujol, D. 1997, p. 330, DIT 1/1996, p. 6; Weber, UFITA 1996, p. 5; Berger, GRUR 1997, p. 169; Flechsig, ZUM 1997, p. 577; Vogel, ZUM 1997, p. 592; Guglielmetti, CI 1997, p. 177; Tissot; Glavarría Iglesia/Torre Forcadelli, RDM 1998, p. 1830

investimento poderá consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforço e de energia<sup>1</sup>.

A análise do conteúdo do direito *sui generis* leva-nos, porém, a concluir que os seus contornos poderão implicar uma séria restrição ao livre fluxo de informação. No preâmbulo da diretiva bases de dados diz-se claramente que este direito não cria um novo direito sobre os dados da base, e que não deverá ser exercido em termos de facilitar abusos de posição dominante, nomeadamente no que respeita à criação e difusão de novos produtos e serviços que constituam um valor acrescentado de ordem intelectual, documental, técnica, económica ou comercial (cons. 47). Nesse sentido aponta a Jurisprudência Europeia firmada no caso *Magill*, recentemente retomada na decisão *Ladbroke*.<sup>2</sup> Não obstante, estará sujeita a autorização do titular do direito a mera visualização do conteúdo da base de dados em ecrã sempre que tal exija a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial desse conteúdo para outro suporte. Além disso, dentro do direito *sui generis* configura-se um direito específico de impedir a extração e/ou reutilização não autorizadas em relação a atos do utilizador que ultrapassam os direitos legítimos deste e prejudiquem assim o investimento, não se destinando apenas a proteger contra o fabrico de um produto parasita concorrente (cons. 44 e 42), pois que o próprio utilizador final fica sujeito a controlo<sup>3</sup>.

Temos, portanto, um direito de propriedade intelectual sobre conteúdos informativos, que abrange inclusivamente o poder exclusivo de visualização e a faculdade de impedir o acesso mesmo a partes não substanciais. Com base neste direito, que pode ser transferido, cedido ou objeto de licenças contratuais, os respetivos titulares — as indústrias que operam no mercado europeu da informação — controlam o acesso e a utilização destas bases, podendo fazê-lo numa base contratual e mediante remuneração junto dos utilizadores finais.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Diretiva sobre bases de dados, art. 7.º, cons. 40, 2.ª parte.

<sup>2</sup> Cfr. Vinje, DIT 2/1993, p. 16, Bonet, RTDE 1998, p. 591.

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria *vide* o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 53, com mais referências.

<sup>4</sup> As bases de dados de informação do setor público estão sujeitas a exigências específicas, como resulta das medidas recentemente adotadas (*vide*, especialmente: Decreto-Lei n.º 135/99 de 22 de abril, que define os princípios gerais de ação a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua atuação face ao cidadão, bem como reúne de uma forma sistematizada as normas vigentes no contexto da modernização administrativa; Regime de acesso aos documentos da administração do setor público, aprovado pela Lei n.º 65/93, de 26 de agosto, alterada pelas Leis n.º 8/95, de 29 de março, e 94/99 de 16 de julho; Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de agosto, que determina a disponibilização na Internet de informação detida pela Administração; Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de agosto, que cria a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais e aprova o respetivo documento orientador; Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/99, de 26 de agosto, que estabelece regras relativas à acessibilidade pelos cidadãos com necessidades especiais aos conteúdos de organismos públicos na Internet; Iniciativa Internet - Portugal Digital, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000; Resolução do Conselho de Ministros n.º 156/2000, que cria, no âmbito do INFOCID – Sistema Interdepartamental de Informação ao Cidadão, o Serviço Público Direto. No plano comunitário, veja-se o Livro Verde da Comissão sobre *A Informação do Setor Público na Sociedade da Informação* COM(98) 585 final, 20.1.1999, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Nos EUA, *vide* a *Electronic Freedom of Information Act*, 1996. Sobre esta matéria poderá ver-se o nosso *Bases de Dados de Órgãos Públicos: O Problema do Acesso e*

Neste domínio assume especial relevo a utilização das chamadas tecnologias robustas, como a cifragem e a estenografia<sup>1</sup>. Estas aplicações da tecnologia criptográfica fornecem dispositivos técnicos de proteção e identificação dos dados das bases. No domínio da proteção dos direitos de autor e outras formas de propriedade intelectual estes sistemas permitem controlar o acesso e/ou a utilização das obras pelos utilizadores e melhorar a gestão dos direitos, tratando a informação a eles respeitante em condições de segurança.

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

Assim, estes dispositivos técnicos apresentam interesse inegável para os titulares de direitos. Com efeito, reforçam a exclusividade jurídica através da exclusividade técnica, contribuindo para a eficácia do direito exclusivo. Patrimonialmente, as restrições ao acesso ou à utilização permitem o pagamento por sessão, uma vez que possibilitam o controlo individual da utilização das obras. Em vista das vantagens destas tecnologias seguras para a proteção dos direitos de propriedade intelectual, a tecnologia de cifragem está cada vez mais integrada em sistemas e aplicações comerciais, como sejam a *pay tv* (em que é devida uma taxa de assinatura para a decifragem), os discos digitais versáteis (DVD), que utilizam técnicas de cifragem para evitar a pirataria.

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

---

*Exploração da Informação do Setor Público na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, FDUL/APDI. Sobre o intercâmbio eletrónico de dados entre administrações, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 1999 que adota uma série de ações e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para o intercâmbio eletrónico de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

<sup>1</sup> Veja-se o Livro Verde da Comissão, *O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(95), 382, e o respetivo *Seguimento*, COM(96) 568 final. Nos EUA, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Bruce Lehman, Ronald Brown, September 1995. Para além dos documentos referidos, veja-se, também, *inter alia*: na Austrália, *Highways to change: Copyright in the new Communications Environment, Report of the Copyright Convergence Group*, August 1994; em França, o *Rapport Sirinelli — Industries culturelles et nouvelles technologies*, septembre 1994; no Canadá, *Copyright and the Information Highway, Final Report of the Copyright Sub-Committee*, Ottawa, March 1995; no Japão, *Predicted Problems and Possible Solutions for Administering Intellectual Property Rights in a Multimedia Society*, IIP, Tokyo, Juin 1995.

Relativamente aos primeiros, trata-se dos Tratados da OMPI que consagram preceitos destinados à proteção jurídica dos sistemas técnicos de proteção e identificação, incumbindo as Partes Contratantes de preverem uma proteção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização das medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos de autor e de direitos conexos no quadro do exercício dos seus direitos<sup>1</sup>.

A importância fulcral destes novos Tratados OMPI tem sido apontada, não apenas no âmbito do direito de autor e dos direitos conexos, mas também noutros domínios, como sejam o comércio eletrónico e o processo de convergência das tecnologias da informação e da comunicação.<sup>2</sup>

A reconhecida importância dos novos Tratados OMPI impulsionou a Comissão a apresentar, em finais de 1997, uma nova iniciativa legislativa em matéria de direito de autor e direitos conexos: a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação<sup>3</sup>. Com efeito, baseando-se nos novos Tratados OMPI, a Proposta “adapta e complementa” o quadro jurídico existente “aos novos desafios da digitalização e do multimédia”, em ordem a permitir o bom funcionamento do mercado interno e proteger e estimular a criatividade, a inovação e o investimento na Comunidade, relativamente a “novos produtos e serviços que incluem propriedade industrial”, intervindo em quatro áreas prioritárias: o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, a proteção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e proteção e o direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento.<sup>4</sup> Esta medida de harmonização é destinada a implementar os Tratados OMPI<sup>5</sup>, mas que porém vai mais longe, estendendo essa proteção jurídico-tecnológica ao direito *sui generis* dos produtores de bases de dados, para além de tratar apenas no preâmbulo uma série de questões várias como sejam, nomeadamente, o desenvolvimento da criptografia, a

---

<sup>1</sup> Tratados da OMPI sobre Direito de Autor (art. 11.º e 12.º) e sobre Prestações e Fonogramas (art. 18.º e 19.º). No direito comparado estes Tratados foram já implementados no Brasil (Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998) e nos EUA (*Digital Millennium Copyright Act* 1998), onde o círculo de proibição foi alargado a atividades de comercialização de dispositivos cuja finalidade essencial seja o contornamento proibido das medidas de carácter tecnológico.

<sup>2</sup> Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico*, COM(97) 157 final, 16.04.1997, pp. 20, 25; *Proteção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno — consulta sobre a necessidade de uma ação comunitária*, Livro Verde, COM(96), 76 final, 06.03.1996, p. 23; *Convergência dos setores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação - para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997, pp. 21, 27.

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

<sup>4</sup> Outros assuntos tratados no Livro Verde de 1995, como sejam o direito aplicável, o direito de radiodifusão digital, o direito moral e a gestão de direitos, não foram incluídos no âmbito da Proposta, por exigirem, nos termos do Seguimento, “uma maior reflexão e/ou novas iniciativas antes de ser possível tomar decisões”. Questões estas que, de um modo geral, não são, também, objeto de resposta nos Tratados OMPI.

<sup>5</sup> Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

privacidade dos utilizadores e os testes de segurança de sistemas<sup>1</sup>. Para além destas medidas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, a nível europeu sentiu-se necessidade de conceder proteção aos serviços de acesso condicional, mediante a adoção de uma Diretiva<sup>2</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Para uma crítica a esta orientação vide P. Samuelson, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, IIP, 1998, e o nosso *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, C. Heath/A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001, p. 65 ss.

<sup>2</sup> Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 1998 relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. A exposição do mercado destes serviços ao risco da pirataria justificou a sua proteção jurídica, em vista do desenvolvimento igualmente célere da “pirataria”: um setor paralelo e rentável em que são fabricados e comercializados dispositivos que permitem o acesso não autorizado a esses serviços, estando atualmente a ser utilizados para a comercialização desses dispositivos publicações especializadas e uma série de locais na Internet, e assistindo-se também ao desenvolvimento de um mercado de serviços pós venda para assegurar a manutenção dos referidos dispositivos. Os serviços de acesso condicional têm como característica comum o facto de o acesso ao serviço à distância (radiodifusão ou serviços interativos) ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objetivo assegurar a remuneração do serviço, designadamente os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o áudio a pedido, a edição eletrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização. Todos estes serviços são prestados ao público no sentido de que um determinado conteúdo é colocado à disposição de todos os membros do público que estejam dispostos a pagar o “título de acesso” ao serviço. A Diretiva sobre a proteção jurídica dos serviços de acesso condicional destina-se a acautelar interesses de diversos intervenientes no processo em razão do acesso não autorizado ao serviço: 1.º - os fornecedores do serviço, contra a perda de receitas provenientes de assinaturas que lhe seriam devidas; 2.º - o fornecedor do acesso condicional, contra os prejuízos decorrentes de substituições de mecanismos de acesso condicional; 3.º - o fornecedor do conteúdo, contra os prejuízos financeiros indiretos decorrentes, uma vez que o montante pago aos titulares dos direitos de autor tem geralmente em conta os potenciais índices de audiência, e a receção priva-os do rendimento que teriam normalmente auferido com base nas assinaturas que deveriam ser pagas; 4.º - o consumidor, uma vez que os prejuízos sofridos pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude ao nível do consumo em razão da origem enganosa do dispositivo pirata, pois que se o fornecedor modificar o sistema de acesso condicional o dispositivo adquirido deixará de ter qualquer utilidade para o consumidor (cfr. *Proteção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno*, Livro Verde da Comunicação, COM(96) 76 final).

Nesse sentido, está em desenvolvimento um “código” de direitos de propriedade digital para regular os termos e condições de utilização autorizada de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm a informação.<sup>1</sup> De acordo com a linguagem tecnológica da propriedade digital, se alguém tentar utilizar um objeto equipado com um sistema seguro sem para o efeito ter obtido autorização ou pago a respetiva remuneração, tal sistema não executará o comando. O utilizador é compelido a obedecer a este “código técnico” em virtude de “não existir alternativa”<sup>2</sup>, antecipando-se a substituição dos órgãos democráticos pelos engenheiros informáticos na definição das regras deste admirável mundo tecnológico<sup>3</sup>.

Mas, da segurança técnica à confiança jurídica há um longo caminho a percorrer. Com efeito, a utilização dos sistemas técnicos de proteção e identificação permite a segurança indispensável ao desenvolvimento do comércio eletrónico no ambiente digital. Contudo, para assegurar a eficácia destes meios de proteção técnica é necessária uma tutela jurídica dessas medidas de carácter tecnológico. Sem isso a edição eletrónica e o mercado em linha não estarão protegidos contra a pirataria praticada através de descodificadores ilícitos e outros dispositivos de acesso não autorizados. Mas, ao mesmo tempo, é necessária a definição de regras jurídicas, de modo a promover imperativos de interesse geral, cuja subsistência seria comprometida pelas possibilidades da técnica, como sejam a interoperabilidade de sistemas, o acesso à informação, o desenvolvimento de sistemas, a proteção da privacidade, a promoção do ensino e da investigação e o livre fluxo de informação<sup>4</sup>.

### Conclusão

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

Por outro lado, o problema da jurisdição na internet presta-se a reflexões de âmbito mais geral. A primeira ideia que acode ao espírito é a de que na internet não há centro e, como tal, o poder está disseminado um pouco por todo o lado. A projeção mais imediata no domínio jurídico da inexistência de um centro de gravidade no ciberespaço seria a

---

<sup>1</sup> Vide M. Stefik, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 137 ss.

<sup>2</sup> L. Lessig, *The Zones of Cyberspace*, Stanford LR 1997, p. 1408. Veja-se, também, L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

<sup>3</sup> Cfr. B. Hugenholtz, *Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain? in Copyright: a right to control access to works?*, CRID, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 84 (fazendo votos, porém, que tais obras nunca se tornem *best-sellers*).

<sup>4</sup> Vide o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., § 54.



ausência de um poder normalizador capaz de impor as suas regras através dos seus órgãos judiciais. À semelhança do big-bang de outrora, a internet formar-se-ia caoticamente. As primeiras comunidades digitais em rede aberta fazem recordar o mito do comunismo primitivo dos manuais de economia política. A internet surgiria aos olhos do público como um espaço de liberdade, no qual os instrumentos jurídicos tradicionais, como a propriedade, a privacidade e os contratos, não teriam razão de ser. Ou seja, o crescimento exponencial da internet ficou a dever-se em larga medida ao facto de ser vista como uma teia comunicativa livre de direito. A internet proporcionaria uma espécie de regresso ao “paraíso perdido” num estado de pura inocência, em que cada um se poderia ver livre de si mesmo. E é este o mito com que os juristas são chamados a debater-se.

A internet tem a sua origem num projeto militar de defesa destinado a assegurar que a informação pudesse circular entre dois pontos de comunicação. Contudo, posteriormente a internet questionaria a soberania do Estado dos tempos modernos. Na internet não existem fronteiras territoriais, dentro das quais o Estado exerce poderes de império sobre os seus nacionais. Território, nacionalidade, eis duas noções que são estranhas ao vocabulário do internauta. Qual será o papel do Estado num mundo sem fronteiras geográficas? Que eficácia terão as suas leis? Não restará aos seus tribunais reconhecerem a sua incompetência para lidar com os litígios da internet?

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

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

Fim do 2.º Volume

## Índice

### **Volume I**

- Direito ciberespacial: «soft law» ou «hard law»?
- Princípios do comércio eletrónico
- Telemedicina e farmácia *online*: aspetos jurídicos da *ehealth*
- Comércio eletrónico e defesa do consumidor
- A via eletrónica da negociação (alguns aspetos)
- Comércio eletrónico de conteúdos digitais
- Novos direitos do consumidor no mercado único digital
- Licenças de bens informáticos (software e bases de dados)
- Licenças de software livre
- Normas abertas nos sistemas informáticos do estado: quo vadis?
- Patentes de programas e métodos de negociação na internet

### **Volume II**

- Partilha de Ficheiros na Internet e Direito Autoral
- Empresa, comércio eletrónico e propriedade intelectual
- A liberdade de navegação na internet (*browsers, hyperlinks, meta-tags*)
- A globalização, a OMC e o comércio eletrónico
- Nomes de domínio .pt
- O «Marco Civil da Internet» e seus reflexos no direito da união europeia
- Distribuição online e concorrência: as restrições verticais no mercado digital

- Jurisdição civil e direitos de personalidade na Internet
- A jurisdição na internet segundo o regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)