

REALIZADO NA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA EM 7 E 8 DE MAIO DE 2004.
HELD AT THE LISBON SCHOOL OF LAW ON MAY 7 AND 8, 2004

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL
SOBRE A COMUNITARIZAÇÃO
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

(Direito de conflitos, competência internacional
e reconhecimento de decisões estrangeiras)

**INTERNATIONAL SEMINAR
ON THE COMMUNITARIZATION
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

*(Conflict of Laws, Jurisdiction
and Recognition of Foreign Judgments)*

Luís de Lima Pinheiro (Org.)



**A COMUNITARIZAÇÃO
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
E O COMÉRCIO ELECTRÓNICO**

DÁRIO MOURA VICENTE, Lisboa^{*}

SUMÁRIO:

- I. Objecto da exposição.
- II. O novo regime português do comércio electrónico. Aspectos fundamentais.
- III. O problema da lei aplicável. Sua relevância.
- IV. O princípio da aplicabilidade da *lex originis*. Fundamento.
- V. Relação com o princípio do reconhecimento mútuo.
- VI. Limites à competência da *lex originis*. Os contratos celebrados por consumidores através de redes de comunicação electrónicas.
- VII. Continuação: a competência da *lex destinationis*.

I. Objecto da exposição

I. A presente exposição centrar-se-á nos problemas suscitados pelo comércio electrónico em situações internacionais e na incidência que sobre este tem tido a chamada comunitarização do Direito Internacional Privado.

É um facto soberbamente conhecido que boa parte do comércio electrónico transcende as fronteiras de um único Estado: os bens e serviços

^{*} Faculdade de Direito de Lisboa.

oferecidos através de redes de comunicação electrónicas encontram-se geralmente disponíveis, e são electricamente prestados, em mais do que um país:

O comércio electrónico é, por isso, fonte de situações privadas internacionais de mais variada natureza.

Ora, a respeito delas pode perguntar-se — como a propósito das demais situações privadas internacionais — qual a lei que se lhes aplica.

É de alguns aspectos desta problemática — vastíssima e por isso na sua totalidade inabarcável numa exposição com as características da presente — que vamos ocupar-nos aqui.

II. O novo regime português do comércio electrónico. Aspectos fundamentais

2. O tema reveste-se da maior actualidade.

Portugal dispõe, desde 7 de Janeiro de 2004, de uma nova lei do comércio electrónico: o D.L. n.º 7/2004, publicado naquela data, no qual se designa a actividade económica em causa pela expressão *serviços da sociedade da informação*, ou seja, nos termos do art. 3.º, n.º 1, «qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário».

Este diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva da Comunidade Europeia n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, sobre a mesma matéria.¹

Na esteira desta Directiva, o D.L. n.º 7/2004 não descurou os problemas postos pelo comércio electrónico em situações internacionais. Pelo contrário: dedicou-lhes nada menos que seis artigos — os artigos 4.º a 9.º —, os quais, aliás, não cobrem todas as questões suscitadas pelo comércio electrónico transfronteiras, antes se ocupam exclusivamente da determinação da lei aplicável, e tão-só quanto a certas matérias.

¹ Publicada no *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n.º L 178, de 17 de Julho de 2000, pp. 1 ss. Para uma explanação dos pressupostos do diploma nacional de transposição da Directiva, veja-se José de Oliveira Ascensão, «Bases para uma transposição da Directiva n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)», anexo n.º 4 à Proposta de Lei n.º 44/IX, in *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 79, de 20 de Março de 2001, pp. 3320 (2) ss.

3. Antes, porém, de examinarmos *ex professo* esses preceitos, importa dizer uma palavra acerca do *sentido geral* da regulamentação substantiva do comércio electrónico instituída por aquele diploma legal português. A compreensão dele parece-nos, com efeito, imprescindível a fim de se entender devidamente o alcance das regras de Direito Internacional Privado contidas no diploma.

Cingir-nos-emos, a este respeito, aos dois aspectos nucleares dessa regulamentação: a *responsabilidade dos prestadores de serviços em rede*, matéria de que o diploma se ocupa nos arts. 11.º a 19.º, e a *contratação electrónica*, objecto dos arts. 24.º a 34.º.

4. Vejamos o primeiro.

Toda a regulamentação legal do comércio electrónico, tanto em Portugal como nos demais países europeus, tem sido elaborada pela preocupação de limitar, ou mesmo de excluir em certas situações, a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação, consagrando em benefício deles alguns *safe harbours*.

É isto porque essa limitação ou exclusão de responsabilidade foi percebida pelos legisladores como uma condição *sine qua non* da própria viabilidade do comércio electrónico.

O âmbito quase universal da Internet potencia, com efeito, enormemente os danos que qualquer informação nele disponibilizada é susceptível de causar a terceiros.

Se se admitisse sem quaisquer restrições a responsabilidade das empresas que prestam serviços em rede por danos causados por tal informação, e em especial se se estabelecesse que essa responsabilidade se partilharia sempre pelas regras do *pais de destino* de tais serviços, possivelmente nenhuma empresa se aventuraria a oferecê-los por essa via.

Algumas decisões judiciais recentes, envolvendo empresas norte-americanas que prestam serviços na Europa via Internet — como a que foi proferida em França no caso *Yahoo!*² — permitem demonstrá-lo.

Ora, o que estabelece a lei portuguesa sobre a matéria?

Fundamentalmente duas ordens de regras:

Primeira — A sujeição da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede ao *regime comum*, regra esta consignada no art. 11.º, que é

² Sentença do *Tribunal de Grande Instance de Paris* de 20 de Novembro de 2000, proferida no caso *Leira et UEJF c. Yahoo! Inc. et Yahoo! Finance*, disponível em <http://www.elf.org> e em <http://www.cdt.org/sg/speech/international/001120yahooofrance.pdf>

encimado pela epígrafe «princípio da equiparação». Também em Portugal, portanto, se pode afirmar a este respeito: *what holds offline holds online*.
Segunda – A exclusão da responsabilidade, ou a restrição desta, sob certas condições, dos chamados prestadores intermediários de serviços, pelo que respeita a certas actividades por estes levadas a cabo: simples transporte de informação em rede («*mere conduit*»), armazenagem intermediária («*caching*»), armazenagem principal («*hosting*») e associação de conteúdos («*linking*»): arts. 14.º a 17.º.

5. Passamos ao segundo tema acima referido: a *contratação electrónica*. O princípio que inspira a regulamentação legal é também, nesta matéria, o da *equiparação*: a contratação electrónica é em princípio assimiliada à contratação por outros meios: haja vista, nomeadamente, nos arts. 25.º, n.º 1, e 26.º do D.L. n.º 7/2004.

Mas consagram-se a este propósito alguns importantes desvios às regras comuns, notadamente, designadamente, pela preocupação de reforçar a protecção do consumidor. Assim:

- O prestador de serviços em rede que celebre contratos através desta deve facultar aos destinatários desses serviços certas *informações prévias* (art. 28.º);
- Tem, além disso, de *acessar por meios electrónicos a recepção de uma encomenda* feita pela mesma via (art. 29.º, n.º 1);
- Sendo que, em regra, a encomenda apenas se torna definitiva com a *confirmação da mesma pelo destinatário* do aviso de recepção (art. 29.º, n.º 5).

III. O problema da lei aplicável. Sua relevância

6. Agora pergunta-se: a que situações é aplicável este regime?

Sê-lo-á, por exemplo, a empresas estabelecidas em França ou na Alemanha, que ofereçam serviços em rede, ou nela coluquem informação, que fique acessível em Portugal? E sê-lo-á também aos contratos celebrados por essas empresas com consumidores residentes habitualmente em Portugal?

Este o problema de que vamos ocupar-nos seguidamente.
 Poderá perguntar-se qual a sua relevância, tendo presente que, por força da transposição da Directiva 2000/31/CE, se terá conseguido uma certa harmonização das regras sobre estas matérias nos Estados-Membros da Comunidade Europeia.

Essa relevância deriva, a nosso ver, de dois factores.

Primeiro: a harmonização apenas abrangê, evidentemente, os Estados-Membros da Comunidade. Relativamente a terceiros Estados, e a especial aos Estados Unidos, mantém-se, em tudo o que se prende com a regulamentação dos serviços da sociedade da informação, divergências muito acentuadas.

Segundo: apesar da harmonização das legislações dos Estados-Membros da Comunidade induzida pela Directiva, não é ainda uniforme o regime da responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços em linha consagrado nas leis nacionais, nem o dos contratos celebrados por meios electrónicos. Senão vejamos.

7. Na esteira do disposto no art. 14.º da Directiva 2000/31/CE, o D.L. n.º 7/2004 estabelece, no seu art. 16.º, n.º 1, que o prestador intermediário de serviços de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação.

Logo, porém, se acrescenta, no n.º 2 da mesma disposição, que há também responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação.

Neste ponto a lei portuguesa vai além do exigido pela Directiva, pois esta apenas impõe a responsabilização do prestador intermediário de serviços quando este tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal ou de factos ou circunstâncias que a «evidenciem» (art. 14.º, n.º 1, alínea *a*)) ou quando o prestador, tendo tomado conhecimento da ilicitude, não actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso à informação (*idem*, alínea *b*)).

Quatro tanto se conclui do confronto do art. 16.º do D.L. n.º 7/2004 com as disposições homólogas constantes das leis de diversos Estados-Membros da Comunidade, que na matéria se limitam a reproduzir, com maior ou menor fidelidade, a solução da Directiva. Tal o caso, por exemplo, do § 11 da Lei dos Teleserviços alemã (*Telemediengesetz*), na redacção dada pela Lei do Comércio Electrónico (*Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz*), de 20 de Dezembro de 2001³.

³ Disponível em <http://www.itd.de/juridg/EGG/index.html>. At-se dispõe: «Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich».

Mais restritiva ainda se mostra, neste particular, a lei espanhola n.º 34/2002, de 11 de Julho de 2002, *de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*, cujo art. 16, n.º 1, alínea a), sem a de responsabilidade de os prestadores dos serviços em causa sempre que não tenham conhecimento efectivo de que a actividade ou informação armazenada é ilícita ou de que lesiona bens ou direitos de um terceiro, susceptíveis de indemnização, declarando que «se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución [...]».

Além disso, nos termos da lei portuguesa os prestadores de serviços de «associação de conteúdos em rede», por meio de instrumentos de pontabilidade aplicável aos prestadores de serviços de armazenagem de informação em servidor (art. 17.º), Soluções análogas acham-se consagradas na *E-Commerce Gesetz* austríaca, de 21 de Dezembro de 2001 (§§ 14 e 17), e na lei espanhola (art. 17). As restantes legislações nacionais não disciplinam, porém, esta matéria, de que a Directiva também não se ocupa.

Por outro lado, a Directiva deixa implícitamente às leis dos Estados-membros a regulamentação de múltiplas questões suscitadas pela imputação aos prestadores de serviços da sociedade da informação dos danos causados por informação disponível em rede, sobre as quais a Directiva é omissa – questões que compreendem, por exemplo, os pressupostos gerais a que a responsabilidade civil se subordina e o conteúdo do dever de indemnizar.

8. O mesmo se passa com o regime dos contratos celebrados por meios electrónicos:

Perante a lei portuguesa, a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma *proposita contractual* «quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário» (art. 32.º, n.º 1, do D.L. n.º 7/2004), sendo que para a

wordlich, sofern 1. sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder den Umständen haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder offensichtlich wird, oder 2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.

determinação do momento da conclusão do contrato «o mere aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado» (*ibidem*, n.º 2). Outras leis, ao invés, estabelecem que o contrato se considera concluído quando o destinatário do serviço houver recebido, por via electrónica, da parte do prestador do serviço, o *aviso de recepção* da aceitação do destinatário do serviço: é o caso da lei luxemburguesa de 14 de Agosto de 2000, relativa ao comércio electrónico (art. 52, n.º 1).

De acordo com a nossa lei, como se disse atrás, em regra a encomenda feita *on line* apenas se tornará definitiva com a sua confirmação pelo destinatário do serviço, dada na sequência do aviso de recepção enviado pelo prestador de serviços (art. 29.º, n.º 5); é o sistema dito do *duplo clique*. À mesma solução fundamental conduz o disposto no art. 1369-2 do Código Civil francês, na redacção dada pela *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, de 21 de Junho de 2004. Diferentemente, várias outras leis apenas exigem, para o mesmo efeito, que o oferente de bens ou serviços em rede *confirme, por via electrónica, a recepção da encomenda* feita pelo destinatário desses bens ou serviços (*vide* a lei espanhola, art. 28, n.º 1; as *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002* inglesas, n.º 11; e o Decreto Legislativo italiano n.º 70, de 9 de Abril de 2003, art. 13, n.º 2).

IV. O princípio da aplicabilidade da *lex originis*. Fundamento

9. Pelo que respeita à determinação da lei aplicável tanto à responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação como aos contratos por estes celebrados, o D.L. n.º 7/2004 consagra – na esteira do art. 3.º, n.º 1, da Directiva 2000/31/CE – o princípio da aplicação da lei do país onde os prestadores se encontram estabelecidos: a *lex originis*⁴.

⁴ Não é pacífico na doutrina que seja esse o alcance da referida disposição da Directiva. Para uma defesa do ponto de vista contrário é qual o art. 3.º, n.º 1, da Directiva se limita a submeter as empresas que prestem serviços em linha à lei do país do seu estabelecimento pelo que respalda às exigências que estas devem observar a fim de poderem prestar esses serviços, consignadas em normas de Direito Público da Economia, mas não já no tocante aos pressupostos e ao conteúdo da obrigação de indemnizar em que porventura incorram pelos danos que causam a terceiros no exercício da sua actividade, matéria a que se aplicariam os regimes gerais de Direito Internacional Privado, veja-se Alfonso Calvo Carravaca/Javier Carrascosa González, *Conflicts of Laws e Conflicts de Juris*.

Com efeito, o art. 4.º, n.º 1, do D.L. n.º 7/2004 submete os prestadores estabelecidos em Portugal à lei portuguesa, no local e à actividade que exercem, ainda que os serviços em questão sejam prestados noutro país.

Por estabelecimento em Portugal deve entender-se, para os efeitos daquele preceito, um *estabelecimento efectivo* em território nacional, seja qual for a localização da sede. A mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, não configura um tal estabelecimento (art. 4.º, n.º 2). Quando o prestador de serviços da sociedade da informação se achar estabelecido em vários locais, releva apenas, para esse efeito, o local em que tiver o centro das suas actividades relacionadas com esses serviços (*idem*, n.º 3).

Por seu turno, o art. 5.º, n.º 1, do mesmo diploma sujeita às actividades em linha dos prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-Membro da União Europeia à lei desse Estado, no tocante: «a) Aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade; b) Ao exercício, nomeadamente no que respeita à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos».

Alición en Internet, Madrid, 2001, pp. 34 s., e Luis de Lima Pinheiro, «Federalismo e Direito Internacional Privado — algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 2, Abril/Junho 2003, pp. 3 ss. (p. 17). O entendimento seguido o qual o art. 3.º, n.º 1, da Directiva constitui uma regra de conflitos de Direito Internacional Privado é hoje maioritário na doutrina alemã: cf. Alexander Thümler, «Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauren Wettbewerbs», *JPRax*, 2001, pp. 15 ss. (p. 20); Peter Mankowski, «Das Herkunftslandprinzip als internationales Privatrecht der E-commerce-Richtlinien», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2001, pp. 137 ss. (pp. 140 ss. e 179); *idem*, «Binnenmarkt-DRK — Eine Problematik», in *Aufbruch nach Europa 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, 2001, pp. 595 ss. (p. 598); *idem*, «Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungsrecht zur E-commerce-Richtlinie», *JPRax*, 2002, pp. 257 ss. (pp. 258 ss.); Gerald Spindler, «Kapitalmarktgesetze im Binnenmarkt. Der Einfluss der E-Commerce-Richtlinie auf das Internationale Vertragsrecht», *JPRax*, 2001, pp. 400 ss. (p. 401); Alexander Totenborn, in Hans-Werner Moritz/Thomas Dreier (orgs.), *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, Köln, 2002, pp. 490 s.; Renate Schaub, «Die Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts in Deutschland und des europäischen Gemeinschaftsrechts», *RabelsZ*, 2002, pp. 18 ss. (p. 32); e Stefan Grundmann, «Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie — was ist eigentlich anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?», *RabelsZ*, 2003, pp. 246 ss. (pp. 265 e 293 ss.).

Não há aqui, se bem cuidarmos, nada de fundamentalmente novo: a aplicabilidade da *lex originis* é uma velha regra do Direito Internacional Privado europeia. Ela remonta à *Magna Carta* ao Código de Justiniano, atribua à Acúrcio (séc. XIII), onde se declara que ao bolaribês demandado em Modena não deveriam aplicar-se os estatutos dessa cidade, a que aquele não estava sujeito (*consequenter quod si Bononiensis conveniar Murinae, non debet indicari secundum statuta Murinae, quibus non subest*)⁵. Dónde o aforismo *statutum non ligat nisi subditos*⁶.

14. Bem se compreende a consagração desta regra, tanto na Directiva 2000/31/CE como no diploma nacional de transposição: ela é essencial — consome se reconhece no considerando 22 da Directiva — à livre circulação dos serviços da sociedade da informação no seio da Comunidade Europeia, que a Directiva fundamentalmente procura assegurar.

Com efeito, a aplicabilidade aos serviços em apeço da lei do país do estabelecimento do respectivo fornecedor, na medida em que dispensa as empresas de se informarem acerca do teor das leis dos países de destino dos mesmos, bem como de conformarem a sua actividade com regimes porventura mais rigorosos do que aquele que vigora naquele país, facilita, pela diminuição de riscos e custos que envolve, a internacionalização da sua actividade.

Assim se compreende que se ajuda, na própria epígrafe do art. 3.º, n.º 1, da Directiva, que consagra esta mesma regra, ao «mercado interno».

A esta luz se entende também que o Projecto de Regulamento da Comunidade Europeia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Extraccontractuais (Regulamento de «Roma II») ⁷, que acolhe como regra geral no locante a esta matéria a competência da *lex damni* (art. 3.º, n.º 1), haja ressalvado, no seu art. 23.º, n.º 2, os instrumentos comunitários que sujeitam a prestação de serviços ou de bens à lei do país de estabelecimento do prestador — como é o caso da Directiva 2000/31/CE.

⁵ Cfr. Armand Linné, *Introduction au droit international privé*, (tomo I, Paris, 1898, pp. 105 ss., e t. II, pp. 118 s.; Max Guzewiller, *Geschichte des Internationalen Privatrechts*, Basileia/Estugarda, 1977, p. 17, n. 26.

⁶ Sobre o ponto, vide E.-M. Meijers, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe Occidentale», *Revue des Cours de l'Académie de la Haye de Droit International*, 1934-III (tomo 49), pp. 54 ss. (pp. 594 ss.).

⁷ Documento COM (2003) 427 final, de 22 de Julho de 2003, disponível em <http://europa.eu.int>.

V. Relação com o princípio do reconhecimento mútuo

11. A aplicação da *lex originis* aos serviços da sociedade da informação encontra-se estreitamente ligada — diríamos mesmo que constitui uma das faces da mesma moeda — a um outro princípio consagrado na Directiva: o *reconhecimento mútuo*.

Dele é expressão o disposto no n.º 2 do art. 3.º, conforme o qual «[o]s Estados-Membros não podem, por razões que relemem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro».

Princípio este que o legislador português acolheu no art. 5.º, n.º 2, do D.L. n.º 7/2004, onde se lê: «É livre a prestação dos serviços referidos no número anterior, com as limitações constantes dos artigos seguintes».

Por outras palavras: os serviços da sociedade da informação podem ser livremente prestados no território de qualquer Estado-Membro da Comunidade Europeia (ressaltados, evidentemente, os casos em que sejam tomadas as medidas derogatórias referidas no n.º 4 do art. 3.º da Directiva e no art. 7.º do D.L. n.º 7/2004), desde que sejam originários de outro Estado-Membro e cumpram o disposto na legislação desse Estado, porque cada um dos demais Estados-Membros reconhece a disciplina dos serviços em causa instituída através dessa legislação.

Reconhecimento mútuo e competência da *lex originis* não são, assim, conceitos antitéticos, mas complementares: pelo que respeita aos serviços da sociedade da informação, o reconhecimento mútuo apenas opera, na Comunidade Europeia, nos quadros da competência atribuída à *lex originis*.

VI. Limites à competência da *lex originis*. Os contratos celebrados por consumidores através de redes de comunicação electrónica

12. A competência da *lex originis* no domínio do comércio electrónico acha-se, no entanto, subordinada a certos limites: ela não vale quanto aos serviços de origem extracomunitária (art. 5.º, n.º 3, do D.L. n.º 7/2004), nem quanto a certas matérias, como a propriedade intelectual, as matérias disciplinadas pela lei escolhida pelas partes no exercício da autonomia privada e os contratos celebrados por consumidores (art. 6.º), relativamente às quais outras ordens de considerações justificam a aplicação de diversas leis.

Dos primeiros ocupar-nos-emos adiante. Vejamos agora brevemente qual a lei aplicável aos contratos celebrados por consumidores.

Limitadamente, refira-se a este propósito que a exclusão dos contratos de consumo do âmbito da *lex originis* vem ao encontro da preocupação em evitar uma redução do nível de protecção dos consumidores no domínio do comércio electrónico, que a aplicação sistemática da lei do país do estabelecimento da empresa poderia implicar: na ausência de uma harmonização integral do regime jurídico desses contratos na Comunidade Europeia, essa solução constituiria um forte estímulo a que as empresas se estabelecessem nos países onde o nível de protecção do consumidor é mais baixo, a partir dos quais ofereceriam os seus bens e serviços (a denominada *race to the bottom*), ou a que os Estados diminuissem o nível de protecção dos consumidores no intuito de atraírem ao seu território os prestadores de serviços da sociedade da informação.

13. Ora, qual a lei aplicável aos contratos celebrados por consumidores por meios electrónicos?

Quanto a estes contratos valem, em Portugal, diversos regimes:

- O art. 5.º da Convenção de Roma de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contractuais;
- O art. 23.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contractuais gerais, transpondo a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; e
- O art. 11.º do D.L. n.º 67/2003, de 8 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Vejamos estes preceitos.

O primeiro procura garantir ao consumidor um *standard* mínimo de protecção: aquele que lhe é conferido pelas disposições imperativas da lei da residência habitual, o qual não pode ser derogado pelas partes através da escolha de uma lei diferente.

Contudo, a aplicação das normas de protecção da lei do país da residência habitual do consumidor não tem lugar em todo e qualquer caso, mas tão-só quando se verificarem certas condições, enunciadas nos parágrafos subsequentes do n.º 2 do art. 5.º. Entre elas sobressaem as que

consistem em ter a celebração do contrato sido precedida, nesse país, de uma proposta que fora especialmente dirigida ao consumidor ou de um anúncio publicitário e ter o consumidor executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato; e a que se traduz em ter a outra parte ou o respectivo representante recebido o «pedido» do consumidor nesse país.

No fundo, o sujeito que se visa proteger não é qualquer consumidor, mas tão-só aquele a que se tem chamado o *consumidor passivo*, i. é, o consumidor que a fim de adquirir bens ou serviços não sai do país onde habitualmente reside, onde é procurado pelo fornecedor.

Se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável, aplica-se, nos termos do n.º 3 do art. 5.º, a lei do país da residência habitual do consumidor, desde que se verifiquem as circunstâncias referidas no n.º 2 do mesmo artigo.

14. O segundo preceito mencionado limita-se a estabelecer que, sempre que o contrato celebrado por adesão apresente uma *conexão estreita* com o território português, se aplicam, independentemente da lei escolhida pelas partes a fim de regulá-lo, as proibições de certas cláusulas contratuais gerats nas relações com consumidores finais constantes da secção III do capítulo V desse diploma; se o contrato apresentar uma tal conexão com o território de outro Estado-Membro da Comunidade Europeia, aplica-se-lhe as normas correspondentes desse Estado, desde que o Direito local assim o determine.

Levanta-se, em face desse preceito, o problema de saber como concretizar o conceito de *conexão estreita* nele contido.

Julgamos que para o efeito haverá que atender às regras de conflitos da Convenção de Roma, por forma a salvaguardar a *unitate da orden jurídica*, que deve nortear toda a interpretação dos regístrs jurídicos de fonte interna. Deve, assim, ter-se por verificada essa conexão com o território de um Estado-Membro da Comunidade quando a sua lei fosse designada pelo art. 5.º da Convenção.

Outro tanto se dirá a respeito do art. 11.º do citado D.L. n.º 67/2003, segundo o qual: «Se o contrato de compra e venda celebrado entre profissional e consumidor apresentar uma *ligação estreita* ao território dos Estados-membros da União Europeia, a escolha, para reger o contrato, de uma lei de um Estado não membro que se revele menos favorável ao consumidor não lhe retira os direitos atribuídos pelo presente decreto-lei».

15. Dito isto, importa apurar se as referidas condições de que é art. 5.º, n.º 2, da Convenção de Roma faz depender a aplicação da lei do país da residência habitual do consumidor podem considerar-se preenchidas pelo que respeta aos contratos celebrados por meios electrónicos. Na generalidade dos casos, supomos que não.⁸ Por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque não há analogia entre o consumidor que adquire bens ou serviços *on line* e aquele que adquire bens ou serviços depois de ter recebido no país da sua residência habitual um anúncio publicitário radiodifundido ou uma proposta que lhe foi especialmente dirigida.

Uma página da Internet pode decerto constituir um anúncio publicitário para os efeitos do disposto no primeiro parágrafo do n.º 2 do art. 5.º. Trata-se, porém, de uma forma de publicidade, pois *só accede a ela quem quiser*; a página *web* não é geralmente comunicada aos consumidores, antes é colocada à disposição do público, podendo os consumidores «visitá-la», individualmente e à pedida, no momento e a partir do lugar que entenderem. Ela assemelha-se, por isso, muito mais a um *estabelecimento comercial* do que às formas comuns de publicidade.

Daf que nós contratos celebrados por consumidores através da Internet seja geralmente o consumidor quem procura o fornecedor — muitas vezes após ter comparado os preços e outras condições praticadas pelos que oferecem bens ou serviços através dessa rede de computadores —; e não o inverso, como pressupõe o art. 5.º, n.º 2, da Convenção. Por este mesmo motivo não pode ter-se por preenchida nesses contratos a hipótese prevista no segundo parágrafo deste preceito (i. e., ter a contraparte do consumidor ou o seu representante recebido o pedido desse no país da respectiva residência habitual).

Em segundo lugar, porque se os contratos celebrados por consumidores através da Internet fossem sistematicamente submeidos à lei da residência habitual destes, ou às normas de protecção dos consumidores dessa lei, as empresas que oferecem bens ou serviços através da rede ficariam

⁸ Ver, porém, em sentido diverso, na doutrina portuguesa: Luís de Lima Pinheiro, «Direito aplicável aos contratos celebrados com consumidores», *Revista da Ordem dos Advogados* 2001, pp. 153 ss. (p. 162); Elisa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, 2002, pp. 232 ss. e 347; e António Marques dos Santos, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente», in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra, 2003, pp. 107 ss. (p. 129).

potencialmente sujeitos, no que diz respeito a esses contratos, às leis de todos os países do mundo onde existe acesso à rede.

A execução de tais contratos tomar-se-ia muito onerosa para essas empresas, rompendo-se o equilíbrio de interesses visado no art. 5.º da Convenção de Roma, que apenas submete à lei da residência habitual do consumidor os contratos celebrados por consumidores quando o fornecedor haja assumido o risco da aplicação daquela lei, ao procurar o consumidor no país da sua residência.

A nosso ver, a única categoria de situações em que, sem qualquer reserva, se pode aplicar o art. 5.º aos contratos em apreço é aquela em que o consumidor recebe no seu terminal de computador uma mensagem de correio electrónico contendo uma proposta ou anúncio publicitário e accede à página web do fornecedor através de um *hipertexto* constante dessa mensagem. Dada a recente vulgarização do chamado *spam*, tais situações serão hoje relativamente frequentes.

Tirando estes casos, os contratos de consumo celebrados através de sítios na Internet estarão em princípio sujeitos, nos termos da Convenção de Roma, à lei escolhida pelas partes ou à do país da administração central ou do estabelecimento do co-contratante do consumidor.

Soluções que, como é bom de ver, não são, afinal, fundamentalmente diversas das que se extraiam da Directiva 2000/31/CE e do D.L. n.º 7/2004; também a Convenção de Roma acolheu em certa medida, no seu art. 4.º, n.º 2, a competência da *lex originis*. O que está de acordo com a preocupação de facilitar o tráfico jurídico transfronteiras na Comunidade Europeia, que lhe está subjacente.

VII. Continuação: a competência da *lex destinationis*

16. Vejamos, por fim, os serviços de origem extracomunitária. Estes estão sujeitos, nos termos do art. 5.º, n.º 3, do D.L. n.º 7/2004, à lei portuguesa.

Trata-se de uma regra que a Directiva não impunha; e de uma regra que deve considerar-se subordinada aos instrumentos de Direito Internacional e Comunitário em matéria de Direito Internacional Privado vigentes entre nós, os quais, por força do disposto no art. 8.º da Constituição, prevalecem sobre o Direito de fonte interna.

Vale isto por dizer que aquela regra não prejudica a aplicação da Convenção de Roma, em matéria de contratos integrados no comércio

electrónico, e do futuro Regulamento de Roma II, se e quando este entrar em vigor, pelo que respeita aos ilícitos cometidos *on line*.

Mas já prevalecerá aquele preceito sobre o que se estabelece no art. 45.º do Código Civil português quanto à lei aplicável à responsabilidade civil extracotratual.

Ora, serão substancialmente diversas as soluções que se extraiam deste último preceito pelo que respeita aos ilícitos praticados em rede?

Julgamos que não. O art. 45.º, n.º 2, do Código português já admite com grande amplitude a aplicação da lei do Estado onde se produziu o efeito lesivo. A responsabilidade extracotratual por uma afirmação difamatória contida na edição *on line* de um jornal editado por uma empresa estabelecida nos Estados Unidos, por exemplo, estará sujeita à lei portuguesa se de alguma sorte essa edição se dirigir ao território nacional e o efeito lesivo aqui se produzir, apesar de a afirmação se achar protegida nos Estados Unidos pelo princípio constitucional da liberdade de expressão.

Questão diversa é a de saber se a sentença eventualmente proferida por um tribunal português com base no art. 5.º, n.º 3, do D.L. n.º 7/2004 produziria algum efeito nos Estados Unidos. A decisão proferida em 7 de Novembro de 2001 pelo *United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division*, que concluiu pela inaplicabilidade de reconhecimento naquele Estado da sentença francesa sobre o caso *Yahoo!*⁹, e a circunstância de não terem (ainda) chegado a bom termo os trabalhos da Conferência da Haya de Direito Internacional Privado tendo em vista a celebração de uma convenção internacional sobre a competência e as sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial¹⁰, levam-nos a supor que não.

Mais do que à comunização do Direito Internacional Privado, ou para além dela, o comércio electrónico reclama, pois, um reforço dos instrumentos convencionais de âmbito mundial relativos à cooperação judiciária internacional.

⁹ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'antisemitisme et al.*, 169

F. Supp. 2d 1181.

¹⁰ Ojuo anteprojeto se encontra disponível em <http://www.jusch.net>.