

MARIANA SOARES DAVID

A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS
NO CONTEXTO DA INTERNET

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL

Ano VII – N.º 12 – 2006

A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO CONTEXTO DA INTERNET

MARIANA SOARES DAVID*

SUMÁRIO: 1. O surgimento e as implicações da “Sociedade da Informação”; Do desenvolvimento tecnológico à revolução transversal; Novo paradigma jurídico? – Modelos de regulação; – “Governance” vs. Governação. 2. Do comércio electrónico, em particular; – Regime dos contratos à distância – Regime do comércio electrónico. 3. Problemas de Direito Internacional Privado; 3.1. Direito da Competência Internacional (determinação do foro competente); Meios de resolução extrajudiciais; Meios de resolução judiciais – Regulamento 44/2001; – Pacto atributivo de jurisdição; – Critério geral; – Critérios especiais derogatórios: matéria contratual (art. 5.º-1), matéria extracontratual (art. 5.º-3), matéria de contratos celebrados com consumidores (arts. 15.º e segs.); 3.2. Direito de Conflitos *stricto sensu* (determinação do direito aplicável); Convenção de Roma de 1980; – Critério geral (art. 3.º); – Critério supletivo (art. 4.º); – Critério especial nos contratos celebrados por consumidores (art. 5.º). 4. Considerações finais

1. O SURGIMENTO E AS IMPLICAÇÕES DA “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”

Surge o presente trabalho no âmbito da cadeira de Direito Internacional Privado II (Direito Processual Civil Internacional) leccionada, no semestre de Verão do ano lectivo de 2004/2005, pela Sra. Professora Maria Helena Brito¹.

No estudo de “situações da vida privada internacional”², o tema da Internet, das relações jurídicas geradas neste contexto (adiante, “relações electrónicas”), e dos litígios aí emergentes, na sua actualidade e penumbra, desenhou-se de forma verdadeiramente apelativa, num convite que não pudemos deixar de aceitar.

* Aluna de Licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ A quem muito agradeço não apenas o acompanhamento e correcção do trabalho como a disponibilidade, atenção, motivação e simpatia ao longo destes anos.

Um especial agradecimento também à Senhora Professora Doutora Maria Eduarda Gonçalves, e aos Senhores Professores Doutores Rui Pinto Duarte e Cláudia Trabuco pelas leituras e comentários finais.

² Cfr. João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2002, p. 12.

Pelas razões que aqui nos trazem e, numa área tão notoriamente permeável à influência quase imediata de diferentes ordenamentos jurídicos e tão estranha às tradicionais circunscrições territoriais estaduais, prestar-se-á particular atenção ao modo de determinação do foro competente (Direito da Competência Internacional – 3.1) e do direito aplicável (Direito de Conflitos *stricto sensu* – 3.2) às referidas “relações electrónicas” e aos conflitos que aí possam, eventualmente, surgir. Este trilho, já de si tão amplo e denso, acabou por conduzir-nos necessariamente a um capítulo introdutório – a que, em seguida, nos entregaremos – e que visa sobretudo a inserção e compreensão deste objecto principal mais restrito no contexto mais vasto de uma Sociedade da Informação e dos desafios que esta coloca ao Direito.

Na verdade, se os anos 80 receberam boquiabertos o surgimento da informática, com o computador pessoal, e da telemática, os nossos dias têm o privilégio de acompanhar não apenas o início mas o *booming*, de alcance transversal, do fenómeno da Internet, que tem provocado transformações gritantes não só a nível tecnológico (mais óbvias), como a nível social, espacial³, ocupacional, cultural, económico⁴ e comunicacional, elevando a informação a principal recurso estratégico da sociedade pós-industrial.

A *INTERNET* é uma rede composta por diferentes redes, postas em contacto através de um protocolo comum⁵ (IP – *Internet Protocol*). Um sistema imaterial de comunicação global inscrito no ciberespaço que, tendo surgindo em 1969 pela necessidade de interligar alguns laboratórios universitários que colaboravam com o Departamento da Defesa norte-americano com a *Advanced Research Projects Administration* (ARPA), revolucionou quantitativa e qualitativamente as tecnologias de informação e comunicação.

³ Atravessando todas as barreiras espaço-temporais ainda que, as mais das vezes, fazendo uso de linhas já existentes.

⁴ Correspondendo hoje a quase 50% do PIB norte-americano.

⁵ Um protocolo é um conjunto de especificações objectivas que os computadores entendem e que caracterizam o formato e a sequência de transmissão de informação.

A título exemplificativo:

- IP (identificação de máquinas e redes e reencaminhamento ou *routing* correcto das transmissões entre elas);
- FTP (transferência de ficheiros);
- HTTP (visualização de uma página *web* ligando clientes *www* e *web servers*);
- TCP (controlo da transmissão de pacotes de informação);
- TCP/IP (definição da comunicação entre computadores);
- SMTP (transferência de mensagens: *mailing list* ou *forwarding* para outro SMTP pelo TCP).

Muitos falam hoje na emergência de uma verdadeira “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”⁶ da qual resultam, não apenas novas faculdades e direitos, como acrescidos riscos que todos conhecemos e que reclamam tutela apropriada.

Pergunta-se, a este respeito, se não será necessário um *novo paradigma jurídico* adequado à multidimensionalidade e universalidade de um fenómeno volátil que escapa às fronteiras territoriais dos auto-referenciais direitos continentais.

Não obstante, e apesar do inegável empenho da União Europeia (que, numa lógica de *spill-overs* materiais, e por pressão da Comissão e de variados ONGs, se tem apresentado como *regulatory state*⁷), este é ainda um incipiente olhar jurídico sobre a realidade, sem unidade codificadora ou jurisdicional, baseado sobretudo em instrumentos de *softlaw*, e proveniente de instituições de discutido défice democrático e de cidadania.

Os modelos de regulação propostos digladiam-se.

A uma perspectiva democrática de hetero-regulação e transposição dos princípios estaduais, que sobrepõe o interesse público inerente a um serviço público a eventuais interesses económico-sociais, contrapõe o determinismo tecnológico um modelo mais flexível, de auto-regulação. Numa visão liberal da evolução e utilização da rede, realçam os defensores deste determinismo tecnológico a ilegitimidade de quaisquer autoridades exteriores, propondo que a regulação se faça pelo mercado ou pelo próprio utilizador, através de uma legalidade específica, viva, e pragmática, baseada no chamado costume *internético*⁸.

O compromisso é encontrado em métodos intermédios de co-regulação, capazes de pôr em permanente interacção a lei e quaisquer outros meios de regulação.

Mas enquanto nos perdemos no fácil lamento pela ausência de um mais detido acompanhamento da evolução tecnológica e sua projecção *de iure constituto*, deixamos passar o “pântano jurídico” – que por meio deste trabalho viemos a descobrir – e que talvez só não mereça maior aplicação por desconhecimento.

Sublinhe-se ainda a possibilidade de inclusão destes novos fenómenos nas já muitas leis que temos e que sempre permitirão uma interpretação extensiva ou, na medida em que não sejam excepcionais, a sua aplicação analógica a

⁶ Vide, por todos, a fabulosa síntese de Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da Informação*, Coimbra, 2003.

⁷ Cfr. Majone, *Regulating Europe*, Londres, 1996.

⁸ Segundo Mathias, in *La Cité Internet*, Paris, 1997, uma “*netiquette*”.

situações omissas, que não foram nem têm de ser disciplinadas directamente mas que, pela sua similitude estrutural, exigem igual tratamento. Assim se acautelam os princípios da igualdade e da coerência do sistema jurídico que não podem deixar de guiar o aplicador de Direito (*vide* arts. 8.º-3, 9.º-1 e 10.º-1 e 2 do Código Civil).

A título exemplificativo, e de entre os múltiplos elementos de regulação directa encontrados (em que se incluem, neste muito lato sentido do jurídico, simples instrumentos de *soft-law*), realcem-se⁹:

DIREITO INTERNACIONAL

- *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* de 1996
- *UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures*
- Normas das Nações Unidas para os negócios electrónicos (*Une Trade S.Net*), <http://www.unece.org>
- Convenção do Conselho da Europa, de 23 de Novembro de 2001, sobre a Cibercriminalidade (ainda não aprovada para ratificação em Portugal)
- *Model clauses for use in contracts involving transborder data flows* da CCI, de 23 de Setembro de 1998
- *General Usage for International Digitally Ensured Commerce (version II)* da CCI, de Outubro de 2001
- *Business-to-business and consumer-to-consumer Alternative Dispute Resolution Inventory Project* da CCI, de Março de 2002
- *Condensed version of the Global Plan for Electronic Business (3rd edition)* da CCI, de Julho de 2002
- *Final approved version of alternative standard contractual clauses for the transfer of Personal Data from the EU to Third Countries (controller to controller transfers)* da CCI, de Janeiro de 2005
- Recomendação do Conselho de Ministros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE), de 23 de Setembro de 1980, sobre as Linhas Directrizes Regulamentadoras da Protecção da Vida Privada e dos Fluxos de Dados Pessoais

⁹ Tendo por principal objectivo a demonstração de que, apesar do seu comum desconhecimento, são múltiplos os mecanismos “jurídicos” de regulação das “relações electrónicas”, a presente enumeração não pretende – como se refere no texto – ser exautiva, mas tão só alertar para alguns destes diplomas, impressionando (talvez) pela sua imensidão. Também por essa razão nos escusámos a um maior rigor no critério que a presidiu, apresentando os diplomas escolhidos de acordo com a sua hierarquia normativa e sucessão no tempo.

- Declaração do Conselho de Ministros da OCDE, de 11 de Abril de 1985, sobre os fluxos transfronteiriços de dados
- Declaração do Conselho de Ministros da OCDE, de 19 de Outubro de 1998, sobre a protecção da vida privada nas redes mundiais

DIREITO COMUNITÁRIO

- Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção dos dados pessoais e respectiva circulação
- Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção de bases de dados
- Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (*Directiva Contratos à Distância*)
- Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa à protecção de dados pessoais e da privacidade nas telecomunicações
- Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional
- Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa às assinaturas electrónicas
- 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”
- Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (*Directiva Comércio Electrónico*)
- Directiva 2000/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial
- Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação
- Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas

- Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e de serviços de comunicação electrónicas (Directiva serviço universal)
- Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas
- Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores
- Recomendação da Comissão, de 8 de Dezembro de 1987, relativa a um Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento electrónico
- Recomendação da Comissão, de 19 de Outubro de 1994, relativa aos aspectos jurídicos da transferência electrónica de dados
- Recomendação do Conselho, de 7 de Abril de 1995, relativa a critérios comuns de avaliação da segurança nas tecnologias da informação
- Resolução do Conselho e dos Representantes dos Estados-Membros, de 17 de Fevereiro de 1997, sobre conteúdos lesivos na Internet
- Recomendação da Comissão, de 30 de Julho de 1997, relativa às transacções realizadas através de um instrumento de pagamento electrónico e, nomeadamente, às relações entre o emitente e o detentor
- Resolução do Conselho, de 19 de Janeiro de 1999, sobre aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação
- Decisão n.º 276/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Janeiro de 1999, que adopta um Plano de Acção Comunitário Plurianual para fomentar uma utilização mais segura da Internet através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos nas redes mundiais
- Resolução do Conselho, de 3 de Outubro de 2000, relativa à organização e à gestão da Internet
- Recomendação da Comissão, de 4 de Abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor
- Decisão do Conselho, de 28 de Maio de 2001, que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial
- Decisão da Comissão Europeia, de 15 de Junho de 2001, nos termos da Directiva 95/46/CE, relativa às cláusulas contratuais tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros
- Decisão da Comissão Europeia, de 27 de Dezembro de 2001, relativa às cláusulas contratuais tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para subcontratantes estabelecidos em países terceiros

- Resolução do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, sobre uma abordagem comum e acções específicas no domínio da segurança das redes e da informação
- Resolução do Conselho, de 25 de Março de 2002, relativa ao Plano de Acção 2002 e Europa sobre a acessibilidade dos sítios *web* e do seu conteúdo

DIREITO INTERNO

- Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, sobre a criminalidade informática
- Portaria n.º 1150/94, de 27 de Dezembro, que regula o serviço de pagamento automático (transferência electrónica) fixando, nomeadamente tarifas e preços
- Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que aprova a *Lei de Defesa dos Consumidores* (alterada pelo DL n.º 67/2003, de 8 de Abril)
- Lei n.º 69/98, de 26 de Outubro, sobre o tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações
- Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, que regula a publicidade domiciliária por telefone e telecópia
- Decreto-Lei n.º 375/99, de 18 de Setembro, que equipara a factura electrónica à factura em papel (alterado pelo DL n.º 62/2003, de 3 de Abril)
- Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, sobre os documentos electrónicos e as assinaturas digitais
- Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, sobre a protecção jurídica de bases de dados
- Portaria n.º 1370/2000, de 12 de Setembro, que define as características do contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil a que se refere a alínea d) do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto
- Decreto-Lei n.º 234/2000, de 25 de Setembro, que cria o Conselho de Credenciação para as assinaturas digitais
- Decreto-Lei n.º 16/2000, de 2 de Outubro, que regulamenta as facturas electrónicas para fins fiscais
- Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, relativo à protecção do consumidor em matéria de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (*transposição da Directiva contratos à distância*)
- Portaria n.º 1214/2001, de 23 de Outubro, que aprova modelos de impressos de declaração fiscal, a entregar obrigatoriamente por transmissão electrónica

- Portaria n.º 375/2003, de 10 de Maio que cria a obrigação de envio, por transmissão electrónica, da declaração periódica dos sujeitos passivos de IVA
- Portaria n.º 523/2003, de 4 de Julho, que estabelece a apresentação do modelo de retenção na fonte de IRC/IRS ou pagamento de Imposto de Selo por transmissão electrónica
- Portaria n.º 1282/2003, de 13 de Novembro, que aprova a declaração modelo1 para a inscrição de prédios urbanos na matriz, via Internet
- Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação (*transpõe a Directiva Comércio Electrónico*)
- Portaria n.º 51/2004, de 16 de Janeiro, que torna o envio electrónico de declarações fiscais obrigatório para sujeitos passivos de IRC/IRS, titulares de rendimentos empresariais ou profissionais, e facultativo para os restantes
- Decreto-Lei Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho, que aprova as regras técnicas de segurança exigíveis às entidades certificadoras que emitem certificados qualificados
- Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que transpõe a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos de direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, de 5 de Maio, que regula provisoriamente a matéria dos nomes de domínio da Internet para Portugal
- Despacho n.º 10 854/97, de 11 de Novembro (Ministro das Finanças), que possibilita a entrega de declarações de IRC/IRS via Internet
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro, que aprova a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico
- Despacho n.º 18 751/98 (2ª serie), de 19 de Outubro (Ministros das Finanças), que possibilita a consulta, via Internet, da conta corrente de IVA
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, de 25 de Agosto, que aprova o documento orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico
- Guia do Consumidor para o Comércio Electrónico, Fevereiro de 2001 (Instituto do Consumidor)
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 22/2002, de 31 de Janeiro, que determina a referenciação dos sítios da Internet do Estado e a publicação de publicidade do Estado em sítios da Internet operados por terceiros

- Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2003, de 12 de Agosto, que aprova o Plano de Acção para a Sociedade de Informação
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2003, de 12 de Agosto, que aprova a Iniciativa Nacional para a Banda Larga

DIREITO ESTRANGEIRO

- *Code on Copyright and Neighbouring Rights* – Decree Law No. 63/85, Março 1985 (UK)
- *Communications Decency Act* do Congresso dos Estados Unidos de 1 de Fevereiro de 1996 (EUA)
- *Digital Millenium Copyright Act* de 28 de Outubro de 1998 (EUA)
- *Avis de l’Observatoire des droits de l’Internet sur la confiance dans le commerce électronique*

Em face da variabilidade destes elementos, da sua demasiada especificidade e relativismo perante um fenómeno cujos contornos não parecem possíveis de circunscrever, ousamos postergar a absolutização de qualquer modelo de regulação ou governo por instituições formais, em prol daquilo a que se tem chamado “GOVERNANCE”¹⁰, uma combinação de mecanismos informais que ofereçam maior participação, legitimidade, internormatividade e *policy interoperability*.

A toda esta análise subjaz uma *concepção tecnologicamente neutra do Direito* que, na esteira de Dário Moura Vicente¹¹, perfilhamos.

Na verdade, a grande especificidade das “relações electrónicas” não reside nos valores que lhe estão subjacentes nem tão pouco nos interesses aí atendíveis mas nas suas concretizações pelo que, nem a realidade é tão distinta que mereça disciplina autónoma¹² nem o Direito é tão hermético que se tenha de circunscrever ao contexto histórico-cultural que o viu nascer.

O movimento de hiper-regulação a que assistimos é compreensível não só pela inovação transversal que o fenómeno da Internet introduz e pelas suas inegáveis vantagens para o desenvolvimento do tráfico jurídico e comercial, como pela ameaça que representa para a autoridade do Estado e para a liber-

¹⁰ Cfr. Maria Eduarda Gonçalves, ob. Cit, pp. 197-201.

¹¹ Dário Moura Vicente, “Direito Internacional Privado”, *Ensaio*, II, Coimbra, 2005, pp. 351-353.

¹² À excepção de uma outra matéria cuja especificidade requerer disposições especiais que a viabilizem.

Sem correspondência com aquele que seria o esquema metodológico adequado³⁷, o plano de exposição adoptado parece-nos justificado por razões didácticas – passe-se o aparente pretensiosismo – e de ginástica lógico-intelectual.

A inclusão num ou noutra dos seguintes preceitos, e a sua subsunção ao regime por eles gizado, há-de fazer-se unicamente pelo jogo das particulares circunstâncias do caso concreto, atenta a especialidade de cada um deles³⁸.

Em primeiro lugar, de acordo com o princípio da autonomia das partes e numa aproximação à Justiça extrajudicial, haverá que averiguar da existência de eventuais *pactos atributivos de jurisdição*, convencionados entre as partes, por meio dos quais, salvo estipulação em contrário, se atribui competência jurisdicional exclusiva³⁹ a determinado tribunal (art. 23.º).

Para a validade de uma convenção desta importância exige-se que, pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro; a atribuição se faça ao tribunal de um qualquer Estado-Membro; não afaste quaisquer competências exclusivas determinadas pelo art. 22.º; e preencha um de três requisitos que acautelam os interesses das partes: ser celebrada por escrito⁴⁰ ou verbalmente com confirmação escrita, ser conforme aos usos estabelecidos entre as partes ou, no comércio internacional, aos usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que sejam amplamente conhecidos em tal comércio e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo e ramo comercial⁴¹.

³⁷ Que deve partir do mais particular dos critérios para o mais geral, de utilização residual.

³⁸ Sobre a matéria, cfr. Luís Lima Pinheiro, “Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (org. A. Menezes Cordeiro, L. Menezes Leitão, J. Costa Gomes), vol. V – *Direito Público e vária*, Coimbra, 2003, pp. 695 e ss.; Joakin St Oren, “International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe”, *International and Comparative Law Quarterly*, <http://www.droit-technologie.org>, 2001; Priscilla Moens, *Loi applicable et juge compétent: la CCI ne veut pas d’exception pour le consommateur*, <http://www.droit-technologie.org>, 2001.

³⁹ Pelo contrário, a Convenção de Bruxelas estabelece/ia presunção contrária, no sentido de que a atribuição de competência só será exclusiva se e quando isso seja expressamente definido pelas partes (art. 17.º).

⁴⁰ Por acréscimo relativamente ao texto da Convenção, o n.º 2 deste art. 23.º equipara a documento escrito qualquer comunicação electrónica que permita um registo duradouro, por exemplo, uma troca de emails, cartas ou faxes, com referência ao pacto (v. acórdão TCE 14/12/76), ou a aceitação de cláusulas contratuais gerais em sítios interactivos por um simples “click” num ícone.

⁴¹ Preceito semelhante ao art. 9.º-2 da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias de 1980, de fácil aplicação no âmbito da Internet – espaço propício à

dade dos cidadãos e pela sensação de insegurança que potencia perante a (pretensa) incorporalidade deste novo modelo de forma. Não obstante, esta quase obsessão legislativa pela regulação do pormenor particularizante, quando não aniquila aquela que é a grande potencialidade dos meios electrónicos – a liberdade de circulação de informação em sentido lato – culmina num ordenamento confuso, composto por retalhos que, na ignorância dos seus pares e julgando-se imprescindíveis, vão sendo cozidos paralela ou contraditoriamente. Isto se não acabar mesmo por conduzir tão louváveis intenções ao triste destino do desconhecimento que as transforma em letra morta.

Nesta ordem de ideias e, rejeitando esta (tão nossa) tendência de profusão legislativa, acreditamos que a busca do efectivo conhecimento do Direito posto e da compreensão e descoberta dos novos tempos, novos direitos e necessidades se deverá fazer através das “nossas óptimas leis”. Se a História tem, de facto, o papel de nos deixar um relato dos erros passados, que também neste ponto os nossos (famosos) “péssimos executores¹³ busquem inspiração e ensinamento.

2. DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO, EM PARTICULAR

Uma análise de cariz técnico-jurídico focada sobre as “relações electrónicas”, nomeadamente as resultantes do comércio electrónico, e sobre a resolução de litígios aí emergentes não pode dispensar um enquadramento prévio que nos apresente a realidade socio-económica subjacente.

Por esta razão surge o presente ponto. Um retrato específico mas geral do comércio electrónico, no seu funcionamento e regulamentação, necessariamente circunscrito ao ordenamento jurídico português.

O chamado *e-commerce* é um processo de distribuição de bens e serviços (B2B, B2C, B2A, C2B ou mesmo C2C)¹⁴, que introduziu na actividade económica a oportunidade de celebração de contratos à distância, por interméd-

¹³ A expressão é da autoria de João Maria Tello de Magalhães Colaço.

¹⁴ A nomenclatura, muito usual na esfera negocial, deve ler-se da seguinte forma: B2B=*Business to Business* (contratos entre empresas, nomeadamente em cadeias de distribuição), B2C=*Business to Consumer* (contratos de consumo, entre um comerciante e um utilizador final que actue fora do âmbito das suas actividades profissionais), B2A=*Business to Administration* (contratos que têm por “comprador” a Administração Pública), C2C=*Consumer to Consumer* (de que podem ser exemplo os leilões) ou C2B=*Consumer to Business* (casos em que a iniciativa seja do consumidor e a transacção se efectue neste sentido).

dio de meios electrónicos, designadamente computadores e redes de telecomunicação, que escapam à tradicional concepção de corporalidade.

Esta modalidade que permite, desde logo, aumentar as oportunidades de negócio do empresário (facilitando a auto-promoção num *site* visionável 24/24 horas e permitindo o acesso a uma clientela de âmbito internacional); facilita a elaboração de estudos de mercado direccionados ao conhecimento da procura; simplifica as operações e procedimentos administrativos necessários ao empreendimento da actividade; reduz significativamente os custos com pessoal e recursos físicos; e permite um mais estreito controlo da entrada e saída de produtos. Por seu lado, também o consumidor pode assim gozar de maior comodidade na compra (evitando horários, filas de trânsito, atendimento e pagamento) e de um leque de escolhas muito mais amplo e a preços mais acessíveis, ultrapassando quase todas as barreiras físicas opo-níveis à procura.

Não obstante, há ainda, sobretudo por parte das gerações mais velhas (sejam comerciantes ou consumidores), uma certa desconfiança relativamente a um método tão diferente e deslocalizado de transacção que lhes transmite uma enorme sensação de anonimato e insegurança. Às referidas vantagens são, neste contexto, contrapostas a dificuldade em apurar a idoneidade e honestidade do consumidor ou a identidade real do fornecedor, a maior exposição do consumidor (seja pelo uso e abuso de *cookies* e hiperligações invisíveis; seja através de *spyware* que regista os seus hábitos de navegação tendo em vista uma mais direccionada, e por isso aliciante, invasão de *spam*; seja ainda pelo potencial uso indevido de dados pessoais), a redução do tempo de maturação da vontade de contratar manifestada por um simples “click”, a redução da capacidade de inspecção imediata dos produtos, e a teia de armadilhas jurídicas que podem resultar da diversidade de ordenamentos jurídicos que convoca.

Contudo, os últimos anos apontam no sentido não só do crescimento da oferta electrónica, que vai desde serviços bancários à compra de produtos alimentares ou de entretenimento, como do aumento da sua utilização à medida que este fórum comercial vai sendo difundido e regulamentado, nomeadamente, em matéria de dados pessoais, modo de transacção, protecção do consumidor e meios de pagamento.

São, em resumo, dois os principais diplomas do nosso ordenamento jurídico (que tomamos sempre por referência) a reter no domínio material do comércio e da contratação electrónica: o *DL 143/2001*, de 26 de Abril, que estabelece o regime dos contratos à distância e o *DL 7/2004*, de 7 de Janeiro, que traça o regime do comércio electrónico.

A esquemática delimitação dos seus contornos que se propõe *infra* pretende – num exercício lógico de dedução do *ser* a partir do *dever-ser* – ajudar a compreender a essência deste esquema negocial, suas vantagens e perigos.

Regime dos contratos à distância

DL 143/2001, de 26 de Abril que transpõe parcialmente para o ordenamento português a Directiva 97/7/CE do Parlamento e do Conselho, de 20 de Maio de 1997 – âmbito material de aplicação:

1. *contratos celebrados à distância*¹⁵ (DL 1.º-1)
 - relação entre um consumidor e um fornecedor¹⁶;
 - contrato de compra e venda de bens ou prestação de serviços integrado num sistema organizado pelo fornecedor;
 - utilização exclusiva, até à celebração e no momento da celebração, de uma ou mais técnicas de comunicação à distância¹⁷;
 - operador de técnica de comunicação¹⁸.
2. *contratos ao domicílio e outros equiparados* (DL 1.º-2)
 - fornecimento de bens ou serviços proposto e concluído pelo fornecedor/representante no domicílio do consumidor sem pedido prévio (expresso);

¹⁵ Excluindo, de forma genérica, os serviços financeiros, leilões, contratos de construção e venda de imóveis ou direitos relativos (que não arrendamento), ou celebrados através de distribuidores automáticos, estabelecimentos comerciais automatizados ou operadores de telecomunicação por cabinas telefónicas públicas (Dir. 3.º-1 e DL 3.º-1); e, parcialmente – apenas na aplicabilidade das normas sobre informação prévia, confirmação escrita, direito de resolução e execução –, contratos de fornecimento corrente/regular de bens de consumo no domicílio do consumidor, de prestação de serviços especificada de alojamento, transporte ou tempos livres (Dir. 3.º-2, DL 3.º-2).

Este Capítulo corresponde, no essencial, ao conteúdo da Directiva 97/7/CE, ao qual o DL 143/2001 acrescenta ainda as modalidades 2. e 3.

¹⁶ Seja empresário, comerciante ou outro profissional, mesmo que liberal.

¹⁷ Qualquer meio que, sem a presença física e simultânea das partes, possa ser usado para a celebração do contrato.

¹⁸ Profissional cuja actividade consista em pôr à disposição dos fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância, seja um fornecedor de serviços de correio físico ou de acesso à Internet, uma operadora de serviços telefónicos fixos ou móveis, uma emissora de rádio ou televisão ou um serviço de imprensa ou publicidade.

- algumas obrigações no que diz respeito à identificação do fornecedor pelas empresas que serviços de distribuição comercial, ao conteúdo dos catálogos; direito de resolução; e a proibição de exigir o pagamento antecipado.

3. *outras modalidades contratuais de fornecimento de bens ou serviços* (DL 1.º-2)

- Cap.IV – vendas automáticas (responsabilidade pela colocação à disposição, para aquisição, por determinado equipamento e pela imposição de pagamento antecipado do seu custo);
- Cap.V – vendas especiais esporádicas (obrigatoriedade de comunicação à Inspeção-Geral de Actividades Económicas de vendas ocasionais, fora dos estabelecimentos comerciais, em instalações ou espaços privados especialmente contratados ou disponibilizados para o efeito);
- Cap.VI – modalidades proibidas (vendas por entidades cuja actividade principal não é comercial; vendas em cadeia; vendas forçadas com presunção de aceitação; venda de bens não solicitados; vendas ligadas).

regime aplicável aos contratos celebrados à distância:

- *dever de informação prévia*, em tempo útil e antes da celebração, preferencialmente de forma expressa, no próprio *website* (identidade do fornecedor, características do bem, preço, modalidades de pagamento...) ¹⁹
- DL 4.º e Dir 4.º;
- *confirmação por escrito* (ou documento susceptível de apresentação como declaração escrita) ou outro suporte durável (forma de *read-only memory* como o CD-ROM), o mais tardar até ao momento da entrega quando ainda não tenham sido prestadas informações, sob pena de pagamento de coimas e aumento do prazo de resolução para 3 meses, – DL 5.º-1, 2, 3 e Dir 5.º;
- *direito potestativo de arrependimento imotivado*, sem pagamento de qualquer indemnização, num prazo mínimo de 14 dias ²⁰, por carta regis-

¹⁹ Não se trata de informar mas “*fazer de modo a que o consumidor seja informado*”, de acordo com uma regra tácita de proporcionalidade que aumenta a exigência no comércio electrónico (cfr. Miguel Pupo Correia, “Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade da informação?”, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 4, pp. 165 e ss.)

²⁰ Alargando o prazo de 7 dias estabelecido pela Directiva.

tada com aviso de recepção (expedida dentro do prazo), ou mensagem de correio electrónico que assegure recepção²¹ (com assinatura digital certificada por entidade credenciada, e recepção comprovada por mensagem assinada e recebida pelo remetente), salvo nos casos de impossibilidade de exercício dos arts.7.º DL e 6.º-3 da Dir – DL 6.º, Dir 6.º;

– *execução do contrato* no prazo supletivo de 30 dias depois da transmissão da encomenda (DL 9.º, Dir 7.º);

– norma protectora de *pagamento por cartão de crédito ou débito* que permite solicitar à entidade bancária não só a anulação do pagamento fraudulento como a restituição dos montantes debitados em 60 dias, da qual terá este direito de regresso contra os infractores ou contra o fornecedor do serviço de má fé (DL 10.º);

– *combate a práticas comerciais agressivas e ardilosas*, exigindo consentimento prévio para as de OPT-IN (sistema de chamada automática sem intervenção humana ou telefax) e inexistência de oposição manifesta nas de OPT-OUT (qualquer outra que permita comunicação individual) – DL 11.º e Dir 10.º;

– *irrenunciabilidade dos direitos transpostos* (Dir 12.º);

– *ónus da prova genérico do fornecedor*;

– *infracções fiscalizadas e instruídas pela Inspeção-Geral e aplicação de coimas pela Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica*;

– *isenção de taxa de justiça por parte dos consumidores (sejam R. ou A. e desde que o valor da causa não exceda a alçada dos tribunais de 1ª instância)*²².

Regime do comércio electrónico²³

DL 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe para o ordenamento português a Directiva 200/31/CE do Parlamento e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, *âmbito material*:

²¹ Nomeadamente através de protocolos especiais de transmissão ou efeito padrão no ambiente X-400.

²² Cfr. Joel Timóteo Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Lisboa, 2004, pp. 443 e ss.

²³ Vide, Ian Walden, “Regulating electronic commerce: Europe in the global economy”, in *O comércio electrónico: estudos jurídico-económicos* (coord. Glória Teixeira et al.), Coimbra, 2002, pp. 9 e ss.; e *Guia do consumidor para o comércio electrónico*, in <http://www.ic.pt>, 2001.

– regulação do funcionamento do mercado interno garantindo a livre circulação de serviços da sociedade de informação entre Estados-Membros (Dir 1.º), com especial atenção ao comércio electrónico²⁴.

regime aplicável:

– *liberdade de exercício de actividade de prestação de serviços* sem necessidade de autorização prévia (DL 3.º e Dir 4.º), salvas as restrições por razões de ordem pública, saúde e segurança pública e protecção de consumidores (DL 7.º)

– obrigatoriedade de os prestadores de serviços terem sempre *determinadas informações* permanentemente disponíveis (DL 10.º e Dir 15.º)

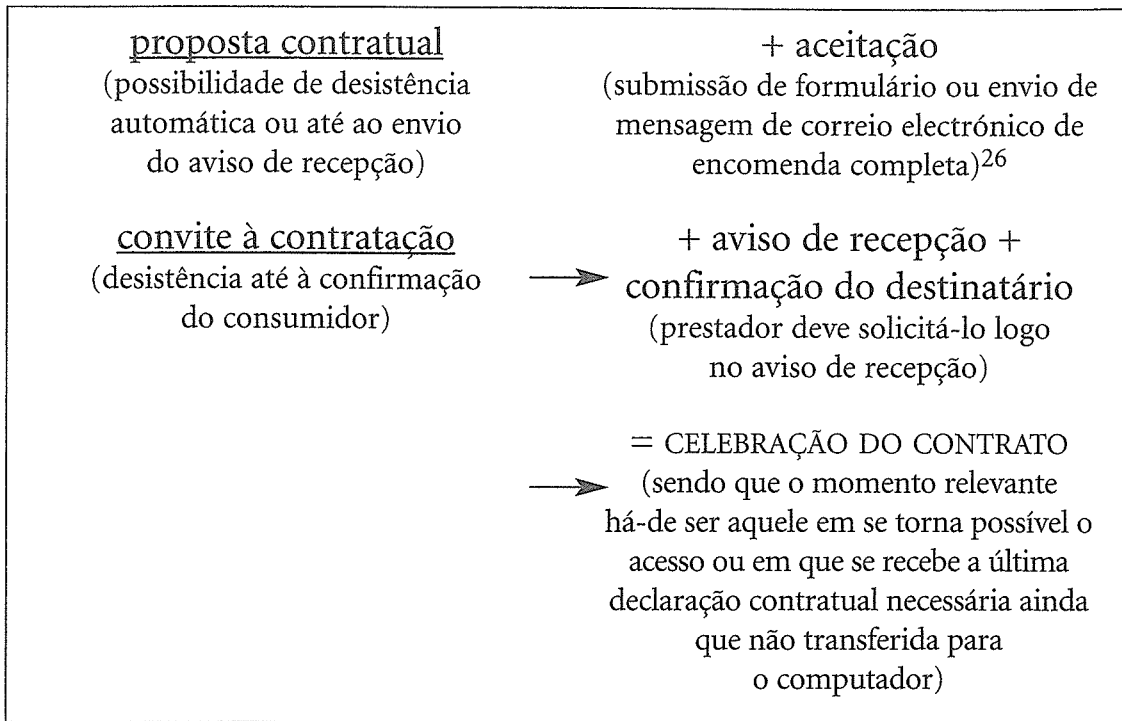
– *responsabilidade*: deveres comuns de informação sem qualquer dever geral de vigilância da informação que transmitem ou armazenam (DL, 12.º e 13.º) e criação de *safe harbours* para actividades de simples transporte (DL 14.º e Dir 12.º), armazenagem intermediária, temporária ou *caching* (DL 15.º, Dir 13.º), ou armazenagem principal em servidor (DL 16.º e Dir 14.º)

– *princípio geral de validade e liberdade de contratação electrónica* (por via electrónica ou informática seja ou não comercial), ou automática, desde que a sujeição a esta forma decorra de um acto voluntário, nunca de uma cláusula contratual de imposição (DL 25.º-1, Dir. 9.º-1 e CC 405.º)

– obrigações especiais de *informação prévia* (DL 28.º), possibilidade de *correção de erros* (DL 27.º), *ordem de encomenda* e *aviso de recepção* para o endereço indicado ou utilizado, “*logo que receba a encomenda*” (DL 29.º)²⁵

²⁴ Excluindo a matéria fiscal, a disciplina da concorrência, o tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade, o patrocínio judiciário, os jogos de fortuna, a actividade notarial ou equiparada (DL 2.º-1) mas não normas de DIP ou de competência, ao contrário da Directiva.

²⁵ Cfr, art. 11.º da Directiva, neste aspecto, muito mais ambíguo: “*sem atraso justificado*”.



- solução extrajudicial de litígios (DL 34.º e Dir. 17.º)
- *infracções* contra-ordenacionais supervisionadas e supervisionadas pelo ICP-ANACOM (DL 35.º)

3. PROBLEMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Após um enquadramento exigido pela própria especificidade das “relações electrónicas”, cumpre enfim lançar o olhar sobre os problemas de Direito Internacional Privado que aí se suscitam de forma especial e que norteiam o presente artigo. Esse objectivo será prosseguido em dois momentos lógicos correspondentes a duas importantes dimensões deste ramo do Direito: o Direito da Competência Internacional enquanto modo de determinação do foro competente para a resolução de litígios emergentes no contexto das “relações electrónicas” (dando particular atenção ao Regulamento n.º 44/2001²⁷ e o Direito de Conflitos *stricto sensu* enquanto modo de determinação da lei

²⁶ O aviso de recepção, não deixando se ser obrigatório, não determina a conclusão do contrato.

²⁷ Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial.

aplicável aos negócios celebrados nesse mesmo contexto (analisando de forma especial a Convenção de Roma de 1980²⁸).

Para delimitação de um estudo que não pode pretender abarcar em demasia sob pena de se perder numa improfícua ambição, apenas se tomará em consideração o *Direito Internacional Privado supranacional, em vigor na ordem jurídica portuguesa*. Nesta ordem de ideias, em cada um dos seguintes pontos, analisar-se-ão apenas as fontes jurídicas internacionais – que não as internas, constantes do Código Civil e do Código de Processo Civil – aplicáveis em Portugal.

3.1. Direito da Competência Internacional

A par da evolução a que, felizmente, vimos assistindo no âmbito do Direito interno, também na resolução de litígios de contornos internacionais deve fazer-se uso – tanto quanto possível – de meios extrajudiciais, ditos alternativos aos judiciais²⁹⁻³⁰. Não é demais relembrar a urgência de uma maior flexibilização e desburocratização da Justiça, através de um modelo que substitua a coercividade e imposição do direito “estrito” pela participação e auto-reconhecimento nos regimes traçados ou escolhidos.

No particular contexto da Internet e sem qualquer pretensão de exaustividade, assumem especial interesse, seja pela entidade que os comanda, seja pelo seu *modus operandi*:

– o recurso a entidades administrativas como a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD)³¹ ou o ICP-ANACOM³²;

²⁸ Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 (80/934/CEE).

²⁹ Não obstante, apesar de comumente reputados como *Alternative Dispute Resolution Methods*, a maioria destes métodos não constitui verdadeiramente uma alternativa, não podendo, as mais das vezes, prescindir daqueles, seja para seu complemento, seja para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva ou o duplo grau de jurisdição.

³⁰ Vide, Dário Moura Vicente, “Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico”, *Direito da Sociedade de Informação*, separata do volume V, Coimbra, 2004, pp.145-183.

³¹ Responsável pela emissão de decisões, com força obrigatória, de proibição temporária ou peremptória de tratamento, bloqueio ou destruição de bases de dados ofensivas de direitos e liberdades individuais.

³² Entidade reguladora das telecomunicações, capaz de remover ou vedar o acesso a conteúdos disponíveis em linha, sem violar a reserva de jurisdição dos tribunais uma vez que, nem

- a mediação em linha³³;
- a arbitragem em linha³⁴;
- ou procedimentos *sui generis* como o *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP)³⁵ ou os *notice and take down procedures*³⁶.

Regulamento 44/2001

Para determinação do foro judicial competente para uma decisão jurisdicional nesta sede – e tornando a análise tão concisa quanto possível – debruçar-nos-emos preferencialmente sobre o Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, diploma relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial (âmbito material de aplicação) que assegura a perenidade e aplicação do, muito semelhante, texto da Convenção de Bruxelas de 1968 às acções intentadas depois de 1 de Março de 2002 (âmbito temporal de aplicação). Não se deixará, contudo, de fazer também referência a este outro texto, realçando as razões e o resultado das principais alterações operadas pelo Regulamento, sempre que se julgue adequado.

a competência administrativa é exclusiva (depende de providências cautelares judiciais), nem as suas decisões são definitivas (existe sempre direito de queixa junto da própria CNPD ou recurso para os tribunais administrativos), nem aquele princípio implica um monopólio da primeira palavra.

³³ Meio privado, informal, confidencial, voluntário e não contencioso de auxílio na procura de uma solução amigável de qualquer litígio, processada exclusiva ou fundamentalmente através de rede electrónica de comunicação – EcoDir e que pode ser reforçada por meio de mecanismos também informais de reconhecimento do seu cumprimento (nomeadamente, pela divulgação dos acordos na Internet ou pela incorporação de “selos” ou “ícones” em que se certifique que os fornecedores aderiram a determinado sistema de regulação extrajudicial, nas suas págs. *web*).

³⁴ Modelo de hetero-regulação por meio de sentenças judiciais proferidas por pessoas escolhidas entre as partes, convencionado, processado e decidido fundamentalmente através de uma rede electrónica de transmissão de dados, susceptível de execução coactiva pelos tribunais judiciais.

³⁵ Conjunto de regras complementares sobre tramitação e regime de decisão, aprovadas pela ICANN em 1999, para a resolução em linha de litígios sobre nomes de domínio, que não vincula senão as partes, nem dispensa a intervenção judicial quer para a atribuição de força geral quer, nomeadamente, para a determinação dos danos causados.

³⁶ Procedimentos de advertência e retirada de conteúdos disponíveis em rede, de acordo com o *Digital Millennium Copyright Act*.

Acresce que, *ex vi* art. 23.º-5, nos especialmente tutelados contratos de seguros (art. 13.º), consumo (art. 17.º) ou trabalho (art. 21.º), se exigem adicionalmente determinadas características. Para este efeito, importa sobretudo realçar o preceituado no art. 17.º – na medida em que muitos dos negócios celebrados por via electrónica representarão provavelmente contratos de consumo – nos termos do qual, para protecção do consumidor, qualquer convenção desta natureza há-de (alternativamente) ser posterior ao nascimento do litígio⁴², alargar o leque de tribunais indicados por aquela secção, ou atribuir competência ao tribunal do Estado-Membro onde consumidor e contraparte celebraram o pacto de atribuição de competência e tinham domicílio ou residência habitual, no momento da celebração do contrato, salvo se a lei desse EM não permitir tais convenções.

Nos restantes casos⁴³, recorrer-se-á ao regime geral traçado pelo Regulamento, que adiante se esboça e que, aliás, decorria já, em larga medida, do texto da Convenção de Bruxelas.

Assim sendo, e nos termos do art. 2.º, o critério geral é o de que “as pessoas domiciliadas no território de um EM devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais deste Estado”.

No entanto, e apesar do auxílio dos novos arts. 59.º e 60.º da Convenção de Roma, que permitem quase uma determinação *ope legis* do elemento de conexão, particulares dificuldades se levantam pela deslocalização própria do comércio electrónico. Por esta razão defende Lima Pinheiro⁴⁴ a formulação de uma norma material, inspirada nos regimes do Comércio Electrónico e Contratos à Distância analisados *supra*, que obrigue os fornecedores de acesso à Internet a conferir a identidade real e localização do cliente a pessoas que tenham contratado através da Internet ou sofrido danos por qualquer actuação através deste meio.

Apenas assim não será quando, por qualquer das regras especiais (optativas para o A.) constantes das secções 2 a 7 (art. 3.º-1)⁴⁵, se atribua compe-

rápida formação de usos. Atente-se aliás a já indiscutível compreensão, numa ainda tão jovem área tecnológica, de um simples “click” como a aceitação do clausulado contratual proposto.

⁴² Em clara derrogação do disposto no art. 23.º: “têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou possam surgir de uma determinada relação jurídica” (sublinhado nosso).

⁴³ Isto é, quando nada tenha sido convencionado pelas partes, ou a convenção seja, por qualquer razão, inválida.

⁴⁴ Lima Pinheiro, “Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet”, cit., pp. 698.º e ss.

⁴⁵ Note-se que o Regulamento apenas considera especiais as competências resultantes dos arts. 5.º e segs., nomeadamente, as concernentes a matéria de responsabilidade contratual

tência ao tribunal de outro EM. Atente-se, em particular, os n.ºs 1 e 3 do art. 5.º e os arts. 15.º e segs. respeitantes, respectivamente, a relações contratuais, extracontratuais ou de consumo que, no seu conjunto e em diferentes planos, abarcam a generalidade das questões que podem ser suscitadas no âmbito das “relações electrónicas”.

Desde logo, *em matéria contratual, uma pessoa com domicílio num EM pode ser demandada “perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão” (art. 5.º-1)*.

Cláusula geral que operará por si só (*vide* alínea c)), por determinação *lege causae*, quando as partes nada convencionem a este respeito e não sejam suficientes os critérios de concretização oferecidos na alínea b). De acordo com a referida alínea, o lugar do cumprimento da obrigação em questão será, consoante se trate de uma venda de bens ou de uma prestação de serviços, o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues, ou os serviços foram ou devam ser prestados.

Note-se ainda a clarificação operada pelo Regulamento 44/2001 ao substituir a nebulosa e ambígua expressão “*lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida*” por “*lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão*”, e acrescentar estas alíneas b) e c) ao correspondente art. 5.º-1 da Convenção de Bruxelas.

Embora a opinião seja discutível, parece-nos de entender o 1.º parágrafo da alínea b) como prescindindo totalmente do lugar do cumprimento da obrigação de pagamento⁴⁶, em favor do lugar do cumprimento da prestação característica (mesmo que o pedido se fundamente naquela obrigação de pagamento), no momento da determinação do foro competente para a disciplina de um contrato de compra e venda.

De facto, a referência feita a “*venda*” é dúbia havendo quem a entenda de forma estrita, no sentido de que a alínea apenas se refere àqueles casos em que a obrigação de entrega sirva de fundamento ao pedido. Sendo que, em consequência, se o pedido tiver por causa de pedir a obrigação de pagamento deverá ser autonomizado e regido não pela alínea b) mas pelas alíneas c) e a). Parece, no entanto, que na reforma da Convenção de Bruxelas se procurou, ao invés, limitar os inconvenientes do *dépeçage* e abarcar nesta alínea todo o fenómeno contratual implícito à compra e venda, independentemente da

e extracontratual. Não obstante, para este efeito, utilizarei a qualificação “especial” para qualquer desvio à regra enunciada.

⁴⁶ Que pode inclusivamente – como é o caso do art. 885.º do nosso Código Civil – apontar para o domicílio do credor, elemento de conexão a que o Regulamento é totalmente avesso.

questão que no caso em apreço seja trazida a juízo. Pelo exposto, consubstanciaria aquela outra tese um injustificado e indesejável retorno à complexidade e indefinição da redacção daquele preceito que o Regulamento veio alterar.

Nesta ordem de ideias, apenas quando entre as partes tenha sido estipulado noutra sentido, quando se não trate de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, ou quando não seja possível determinar a prestação característica, se deve aplicar a residual alínea c).

Todavia, a Internet parece, adicionalmente, levantar dificuldades muitas vezes insuperáveis à determinação do lugar de cumprimento da “*obrigação em questão*”⁴⁷.

Por esta razão se propõe, com Lima Pinheiro⁴⁸, uma redução teleológica do art. 5.º-1 que, excluindo a aplicação do critério especial, terá de reconduzir-nos ao critério geral do art. 2.º. Isto por a solução de substituição pelo lugar da sede/residência habitual do fornecedor não convencer pela sua dispensabilidade (coincidindo com o domicílio do R. se a acção for proposta pelo adquirente) ou mesmo inconveniência (sujeitando o adquirente a um foro com o qual pode não ter conexão significativa, e incompatível com o espírito do Regulamento que é contrário ao foro do domicílio do A., se a acção for proposta pelo fornecedor).

Por outro lado, uma “relação electrónica” de base contratual, pode também caber na secção 4 do regulamento. Secção esta que se encontra imbuída de uma especial preocupação com os *contratos celebrados com consumidores*⁴⁹, definidos implicitamente pela sua forma de actuação no contrato, com “*finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional*”.

Desta forma se compreende que o art. 16.º estabeleça que, enquanto as *acções propostas pela contraparte do consumidor apenas podem ser intentadas*

⁴⁷ Por exemplo, dar-se-á por cumprida a obrigação no momento do “click” que consubstancia a celebração do negócio pela Internet? Se assim for, que local devemos tomar em consideração? O lugar onde o vendedor acede à Internet? Aquele onde o comprador acede à rede? Qualquer dos potenciais locais de acesso à Internet para compra daquele produto? Ou, por outro lado, o lugar de entrega? E que dizer acerca da determinação do lugar de pagamento, se o tomarmos como relevante para este efeito?

⁴⁸ Lima Pinheiro, “Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet”, cit., pp. 699 e ss.

⁴⁹ Físicos (singulares) ou jurídicos (colectivos) – não se aplicando a barreira que resulta do elemento de conexão “*residência habitual*” da Convenção de Roma de 1980.

*no seu domicílio, as que sejam propostas pelo consumidor podem também sê-lo no tribunal do domicílio da contraparte*⁵⁰⁻⁵¹.

Para que as estatuições da presente secção se apliquem importa, *prima facie*, confirmar se o contrato em causa se inclui no seu âmbito material de aplicação, delimitado pelo art. 15.º-1. Para tal, pode um tal contrato ter por objecto a venda a prestações de bens móveis corpóreos, operações de crédito para o seu financiamento ou, no fundo, quaisquer outros tipos e matérias contratuais⁵² como as relativas a programas de computadores, ficheiros de texto, músicas ou vídeos⁵³.

Nos termos da parte final da alínea c) deste art. 15.º-1, mais se exige que se verifique uma especial conexão com o Estado-Membro cujos tribunais se convocam. Por tudo isto, deverá o contrato ter sido celebrado no âmbito de uma actividade profissional:

- que determinada pessoa “*tem*” no EM do domicílio do consumidor; ou
- que essa pessoa “*dirige (...) por quaisquer meios* (sublinhado nosso), *a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro*”.

Nesta parte, a reformulação do preceito permite abarcar uma gama muito mais vasta de formas de direcção da actividade, como sejam o envio de mensagens publicitárias por correio electrónico e a utilização do *site* do fornecedor, seja ele interactivo (permitindo a celebração em linha do contrato) ou passivo (que, por natureza, se limitará a divulgar o produto; por isso

⁵⁰ Ainda que seja fictício. Servirá sempre como alternativa para o A. relativamente à proposição no país do seu domicílio real -Lima Pinheiro, ob. cit. p. 698.

⁵¹ Ou ainda no lugar onde o co-contratante do consumidor tenha sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, quanto aos litígios relativos à sua exploração (v. art. 15.º-2).

⁵² Neste ponto se mostra o Regulamento muito mais abrangente do que a Convenção de Bruxelas (ou a Convenção de Roma de 1980, como se demonstrará *infra*) que, ao invés, se aplica somente a contratos que tenham por objecto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos, e desde que observadas as restantes condições exigidas, respectivamente, pelo art. 13.º-3 da Convenção de Bruxelas (v. nota 48) e pelo art. 5.º da Convenção de Roma (v. ponto 3.2, *infra*).

⁵³ De todo o modo, e de acordo com a leitura tecnologicamente neutral do Direito propugnada, sempre aqui se incluiriam os referidos negócios, através de uma compreensão da corporalidade com as adaptações que lhe pede o desenvolvimento ou, como propõe Lima Pinheiro, por aplicação analógica fundamentada numa mesma necessidade de protecção do consumidor.

se exigindo ainda que o *site* convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado, por qualquer meio, um contrato deste tipo)⁵⁴.

O chamado *zippo* ou *directing-test*, que estabelece a distinção entre *websites* activos/passivos, surgiu no caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zipp Dot Com, Inc.*, de 1997. Segundo o referido caso, apenas os *sites* activos seriam passíveis de gerar responsabilidade para o fornecedor já que nos passivos, pelo contrário, em princípio não seria possível a conclusão negocial em linha. Apesar de ter sido pensado para violações de *trademarks*, que não para actividades comerciais, e abranger um leque de contratos muito mais vasto e conceitos muito diferentes, este método é muitas vezes aplicado para averiguar se a jurisdição pessoal baseada em actividades na *net* se coaduna com o *due process of law*.

Esta “isenção” deve, no entanto, ter-se por inaplicável neste contexto. O maior alcance dos fornecedores justifica que suportem o risco de ser demandados em qualquer um dos países que tocam; risco já existente na Convenção de Bruxelas (aliás em muito maior grau⁵⁵), e sem impacto substancial na oferta de produtos por este meio. Até porque é de senso comum que os consumidores raramente propõem acções em contratos celebrados à distância.

Assim sendo, parece que uma qualquer “isenção” só pode decorrer de uma vontade objectiva imputada ao vendedor, resultante da análise de todos os factos da actividade comercial em causa que delimitem o âmbito espacial a que o fornecedor se lançou e ao qual deve ser sujeito, como sejam indícios de especificidade do *site*⁵⁶ ou o uso de *right-fence mechanisms*⁵⁷.

⁵⁴ Confronte-se o n.º 3 do art. 13.º da Convenção de Bruxelas onde se lê:

“Relativamente a qualquer outro contrato que tenha por objecto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos se:

a) a celebração do contrato tiver sido precedida no Estado do domicílio do consumidor de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de anúncio publicitário; e

b) o consumidor tiver praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato.”

⁵⁵ Veja-se que, como se transcreveu *supra*, no texto da Convenção, se exigia cumulativamente que a celebração do contrato tivesse sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de proposta que lhe tivesse sido “especialmente dirigida” ou de anúncio publicitário e o consumidor tivesse “praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato” (ainda assim menos exigente que a Conv. Roma que exige a prática de todos os actos necessários).

⁵⁶ Como sejam nomes de domínio com sufixos nacionais (.uk, pt), língua usada no *site*, definição das moedas aceites para pagamento ou número de conta estadual.

⁵⁷ Dos quais o mais simples será porventura a obrigatoriedade de indicação do domicílio antes da conclusão do contrato ou *mandatory registration process*.

Por último, *em matéria extracontratual*, de litígios respeitantes a direitos absolutos, não baseados numa qualquer relação contratual mas que podem muitas vezes surgir paralelamente, *oferecem-se ao A. não uma mas duas opções (nos casos em que não coincidam) àquele critério geral: o lugar do evento causal, i.e., “onde ocorreu” o facto danoso⁵⁸ ou o lugar de produção do dano, i.e., onde “poderá ocorrer o facto danoso” (art. 5.º-3).*

Densificando o preceito no que diz respeito a actos cometidos na rede, o lugar do evento causal será o lugar de actuação do agente ou aquele em que a mensagem é colocada na *net* (i.e., o lugar de expedição de uma mensagem de correio electrónico ou a partir do qual é carregada uma página web num servidor); mas já o lugar de produção do dano requer uma apreciação casuística em função do direito perturbado⁵⁹.

3.2. Direito de Conflitos *stricto sensu*

Convenção de Roma de 1980

É na Convenção Europeia n.º 80/934/CE que encontramos o regime que orienta, entre os EM, a procura da lei aplicável a obrigações contratuais (âmbito material de aplicação – art. 1.º-1) decorrentes de contratos celebrados após a entrada em vigor do diploma nesse EM⁶⁰ (âmbito temporal de aplicação – art. 17.º)⁶¹.

A lei por esta forma determinada – *lex contractus* – disciplina o contrato em geral, num vasto âmbito que o art. 10.º enumera exemplificativamente do

⁵⁸ Inovação do Regulamento, que agora contempla directamente os casos de aplicação preventiva.

⁵⁹ Como exemplifica Lima Pinheiro, ob. cit., pp. 701-704, num caso de direitos de autor, aplicar-se-á o lugar onde a mensagem é colocada na rede sem autorização ou reproduzida por qualquer forma; num caso de propriedade intelectual, o lugar da prática do acto lesivo em país onde o direito é protegido; num caso de concorrência desleal, o lugar onde a vítima desenvolve a sua actividade; e num caso de ofensa ao bom nome, todos os lugares de acesso em que o ofendido seja conhecido.

Outras vezes se elevam, contudo, no sentido de uma justa sobrecarga do fornecedor, que beneficia consideravelmente do uso deste meio, tornando-o “accionável” em qualquer dos lugares onde se pode aceder ao seu *site*. Solução esta que nos parece demasiadamente onerosa.

⁶⁰ No caso português, após 1 de Setembro de 1994.

⁶¹ Note-se que nos limitaremos, para este efeito, à análise do referido diploma e, por conseguinte, das ditas “relações electrónicas” de base contratual, evitando considerações de outra índole que nos conuziriam forçosamente às normas de conflitos vigentes no nosso ordenamento jurídico, contantes dos artigos iniciais do Código Civil.

seguinte modo: interpretação, cumprimento e incumprimento (danos e suas consequências), causas e consequências de extinção (incluindo expressamente a prescrição e caducidade⁶²) e invalidade. Quanto aos modo de cumprimento e às medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso atender-se-á sempre, no entanto, à lei do país onde é cumprida a obrigação.

Um diploma estruturalmente semelhante ao da Convenção de Bruxelas de 1968 com a qual começou aliás a ser feita em paralelo apesar de esta, pelas grandes dificuldades de uniformização, só mais tardiamente ter visto a luz do dia.

A regra geral traçada pelo art. 3.º, mais uma vez favorável à autonomia das partes, reside na lei escolhida pelas partes para uma parte⁶³ ou para a totalidade do contrato. Esta escolha (real) pode ser expressa ou tácita, na medida em que resulte inequivocamente das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa.

Contudo, como bem nota Elsa Dias Oliveira⁶⁴, no âmbito dos contratos de consumo em que, como vimos, se pode circunscrever em traços largos o comércio electrónico, esta opção pode não ser a mais favorável para o consumidor, parte contratual mais fraca, muitas vezes instigado a escolher a lei que ao fornecedor mais convém.

Supletivamente, i.e., na ausência de escolha, estatui o art. 4.º-1 que o contrato será regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita.

Cláusula geral a concretizar, em princípio, de acordo com a presunção do n.º 2, nos termos do qual se presume 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/administração central ou, se o contrato for celebrado no exercício de uma actividade económica ou profissional dessa parte, o país do seu estabelecimento principal/estabelecimento onde a prestação deve ser for-

⁶² Solucionando eventuais, e fundamentadas, dúvidas de qualificação emergentes da comparação de diferentes sistemas jurídicos, nomeadamente os de *civil law* e *commonlaw*.

⁶³ Na medida em que o *dépeçage* não desfigure o contrato nem destrua o sinalagma contratual.

⁶⁴ Elsa Dias Oliveira, “Lei aplicável aos contratos celebrados com consumidores através da Internet e tribunal competente”, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, p. 221.

hecida. Só assim não será nos casos de inadmissibilidade da presunção elencados no n.º 4 ou naqueles casos em que, de acordo com o n.º 5, a prestação característica não seja determinável (bastante frequentes), ou em que o conjunto das circunstâncias do contrato ilidam a presunção, apontando uma conexão mais estreita com outro país⁶⁵.

No comércio electrónico, além do problema de determinação da prestação característica referido *supra*, coloca-se ainda a dificuldade de determinação da residência/habitual de fornecedor, muitas vezes deslocalizado ou oferecendo como única referência um endereço electrónico que pode não o traduzir fidedignamente. Ter-se-á neste caso de ponderar, sempre que possível, quaisquer outros elementos, como sejam as iniciais do país servidor, se constantes do endereço, e na medida em que não tenham carácter genérico ou indefinido⁶⁶.

Face a estas considerações, e afastando liminarmente a hipótese demasiadamente parcial de Verbiest⁶⁷ e Timóteo Pereira⁶⁸, no sentido de que a prestação característica será sempre a entrega do bem pelo fornecedor, parece que as mais das vezes a presunção não poderá pura e simplesmente aplicar-se. Caso contrário, pela aplicação da lei que lhe é mais familiar, beneficiar-se-ia nitidamente o fornecedor em detrimento daquela que é a parte mais débil na relação contratual.

Restará a aplicação da cláusula geral de conexão mais estreita, uma vez mais, a densificar perante as particulares circunstâncias do caso concreto.

A particular debilidade do *consumidor* justifica também neste diploma um critério especial que aqui funciona a dois níveis distintos: como limite negativo face à escolha feita de acordo com o art. 3.º (determinando a *inadmissibilidade de uma escolha que prive o consumidor da protecção mais favorável de normas imperativas da lei da sua residência habitual* – art. 5.º-2) e como elemento de conexão para a determinação da lei subsidiariamente competente nos termos do art. 4.º (art. 5.º-3).

Assim se salvaguarda o “ambiente do consumidor”, a considerar naqueles casos que se circunscrevam no âmbito material (comum) de aplicação do artigo, i.e., contratos celebrados por consumidores, e preencham uma das três alternativas do n.º 2 – ilustração necessária da conexão com o Estado da resi-

⁶⁵ Não teria sido, porventura, mais proveitoso prescindir desta técnica presuntiva em prol de um catálogo determinativo como o suíço?

⁶⁶ Como seria o caso das iniciais.org e.com.

⁶⁷ Thibault Verbiest, *Commerce électronique: loi applicable et juridiction compétente (une synthèse)*, <http://www.droit-technologie.org>, 2002.

⁶⁸ J. Timóteo Pereira, ob. cit., pp. 704 e ss..

dência habitual⁶⁹ e da situação de convencimento passivo do consumidor, que motiva a especial necessidade de protecção⁷⁰. Quanto ao primeiro aspecto (âmbito material de aplicação), retomam-se no essencial as considerações tecidas *supra* quanto ao equivalente art. 15.º do Regulamento⁷¹, sendo apenas de sublinhar que o seu objecto é ainda delimitado daquela mesma forma estrita da Convenção de Bruxelas, que o Regulamento veio posteriormente alargar⁷². Já para o preenchimento dos requisitos daquele n.º 2, que se há-de aplicar para efeitos quer do n.º 2 quer do n.º 3 deste art. 5.º da Conv. de Roma, necessário será que:

Tendo o essencial da negociações decorrido nesse lugar:

i. a celebração do contrato tenha sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e o consumidor tenha executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato;

ii. ou que a outra parte, ou o respectivo representante, tenha recebido o pedido do consumidor nesse país;

Ou, tendo o essencial decorrido em qualquer outro lugar:

iii. que o vendedor tenha organizado a viagem do consumidor a outro país para aí o incitar a comprar e o consumidor se tenha efectivamente deslocado, tendo aí feito o seu pedido.

Retomando o enfoque sobre o comércio electrónico, saliente-se apenas a maior exigência da Conv. de Roma, muito próxima mas ainda superior à da Conv. de Bruxelas, que o Regulamento veio flexibilizar.

No entanto, e na leitura conforme à evolução tecnológica proposta, para a primeira parte do ponto *i.* terá de bastar um mero convite a contratar comunicado por correio electrónico, transmissão televisiva, catálogo enviado por correio ou Internet, salvo se o fornecedor se tiver salvaguardado por meio de quaisquer *right-fence mechanisms*. Por outro lado, se ao exigir a execução nesse país de todos os actos necessários à execução do contrato a Conv. de Roma retoma os problemas de determinação do que sejam “*actos necessários*”

⁶⁹ Cfr. Lima Pinheiro, ob. cit., pp. 223 e ss..

⁷⁰ Cfr. Elsa Dias Oliveira, ob. cit.

⁷¹ Vide ponto 3.1.2.

⁷² Estatui o art. 5.º-1 da Convenção de Viena: “o presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento”.

à execução do contrato”, bastar-nos-emos, neste contexto e para este efeito, com a assinatura de determinado documento, o envio da encomenda, o “click” sobre o ícone “aceito” ou, segundo Lima Pinheiro, o acesso a um *website* interactivo.

Quanto ao ponto *iii.*, suficiente parece que aquela viagem tenha sido organizada através da Internet e que, no *site*, se incite à compra no local de destino⁷³.

Assim se evita o injustificado benefício do fornecedor⁷⁴ e se dão mais alguns passos no sentido da compreensão do verdadeiro sentido do princípio da unidade e coerência do sistema jurídico.

Ressalve-se, não obstante, a *aplicação imperativa de certas normas materiais do foro*, especialmente autolimitadas que, pela sua especial intensidade valorativa, reclamam aplicação independentemente da lei normalmente competente (de que são exemplos normas de direito cambiário, bancário ou de protecção dos consumidores) – art. 7.º-2.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando as considerações introdutórias tecidas *supra*, o fenómeno da Internet ganha entre nós, a par e passo, uma crescente e multidimensional importância, sobretudo à medida em que se tende também para a sua massificação e democratização.

Sempre se tem dito que as instituições morais ou religiosas reagem, tendencialmente, contra a Ciência e o progresso. A novidade com que nos deparamos foi o reconhecimento de que em semelhante sentido tem andado a nossa comunidade jurídica, fechando os olhos não tanto às evidentes transformações tecnológicas como aos verdadeiros contornos do fenómeno. Com efeito, toda esta era de inovação, mais do que abrir uma fissura relativamente à sociedade que a antecedeu exige apenas⁷⁵ uma reconfiguração dessa mesma

⁷³ Neste sentido, Elsa Dias Oliveira, ob. cit., pp. 230-231.

⁷⁴ Numa perspectiva que nos parece também demasiadamente laxativa, Verbiest, apondo a passividade do fornecedor na *web*, considera que este apenas poderá ser abrangido por este pedaço do preceito quando efectue ofertas não solicitadas, nomeadamente, fazendo aparecer automaticamente o seu *site* em determinado écran de busca.

⁷⁵ O advérbio *apenas*, longe de uma desvalorização do peso e das implicações de tais mudanças e da propugnada reconfiguração, pretende quebrar o dramatismo das teorias transformacionistas que continuam a tomar por mais adequadas e evidentes (será?) as soluções de completa ruptura e reedificação.

sociedade, dos seus quadros mentais e forma de organização no caminho para a Modernidade.

É certo que a novidade gera comumente perplexidade e estranheza perante o desconhecido. Mas é também certo que a mudança deve ser recebida como tal, sem medo das implicações que possa e venha a ter, longe da rejeição ou desconfiança inflexíveis.

Acresce que a reacção a esta revolução transversal, operada pelas novas tecnologias de informação e comunicação, não parece diferir em muito daquela que caracterizou os nossos antepassados perante a descoberta da electricidade. Também a este fenómeno se procurou o mundo adaptar como recuperando da ruptura criada. Também este foi acolhido num misto de entusiasmo e receio perante uma forma de energia que, aparentemente, fugia aos padrões de corporalidade anteriormente conhecidos. Hoje, mais de um século volvido, redefinimos o nosso conceito de corporalidade não tanto para se adaptar a estas inovações mas porque, neste percurso de conhecimento que é a vida, descobrimos que, perante a heterogeneidade que o mundo nos oferece, um tal conceito não pode ser tão redutor.

A evolução talvez deva passar mais pela descoberta e readequação do que pela ruptura e reconstrução. Tal raciocínio há-de aplicar-se *cum grano salis* à Internet (que hoje vivemos ainda naquela primeira fase de estranheza e adaptação, como se de uma ruptura se tratasse). Esperemos que o conhecimento histórico possa valer-nos contra uma tendência de multiplicação legislativa que dilacera o pensamento e a pesquisa jurídica. É que, bem vistas as coisas, e passado o imediato espanto, também esta nos parece uma natural ilustração de desenvolvimento que não exigirá, no essencial, grandes piruetas para ser recebido na maior parte das nossas leis. Quanto ao restante, não terá o legislador nacional ou europeu qualquer constrangimento em dissertar sobre o assunto.

Basta de exercícios de demonstração de criatividade, desnecessários ou puramente teóricos, que caiam no esquecimento daqueles que, fazendo hoje uso da Internet e desconhecendo na totalidade a imensidão de diplomas que procurámos catalogar, se queixam das ameaças e perigos que correm e dos quais julgam não estar (se é que estão mesmo!) protegidos.

Se pode valer a opinião de quem ainda há pouco se lançou nesta pesquisa, a solução passará mais facilmente por um esforço acrescido de compreensão da Internet e das suas potencialidades; de conhecimento e divulgação dos inúmeros instrumentos de regulação já existentes; de inclusão (na medida do possível), no Direito existente, por via interpretativa ou integrativa; e, apenas em última análise, pela criação de novos diplomas efectivamente necessários

a um correcto funcionamento das “relações electrónicas” e a uma maior protecção e confiança dos seus utilizadores.

Inexplicavelmente, o percurso seguido tem sido o inverso.

No que concerne especificamente às questões de Direito Internacional Privado que aqui se podem suscitar (que constituem o objecto central deste artigo e que sempre procurámos ter por Norte, mesmo quando empreendemos por considerações de natureza mais genérica) reitera-se a posição que propugnamos e temos vindo a gizar.

Apesar das inegáveis dificuldades suscitada por negócios jurídicos⁷⁶ tão deslocalizados nada parece, em abstracto, afastar a possibilidade de regulação por meio das normas e diplomas “comuns” de Direito Internacional Privado, vigentes em determinado ordenamento jurídico⁷⁷, lidas de forma tecnologicamente neutral⁷⁸. Se é certo que nem sempre a operação se afigura simples, por outro, as mesmas dificuldades se colocam, as mais das vezes, perante litígios estranhos a este contexto. Acresce que, nem estas se colocam normalmente em termos insuperáveis, nem o legislador poderia ter a pretensão de abarcar todo o universo do “ser”, nem a actividade interpretativa poderá, de qualquer forma, e em qualquer caso, ser dispensada.

No *terminus* de um trabalho, que se quis sintético e fundamentalmente analítico, prescindir-se-ão de mais detidas conclusões.

A inovação tecnológica continuará certamente a marcar e redimensionar, de forma crescente, o curso dos nossos dias. Resta saber se a sociedade estará preparada para dispendir mais tempo na sua compreensão, no reconhecimento da evolução que representa e no acolhimento da especificidade que acrescenta, em vez de se deixar petrificar pela mudança ou de se escudar contra a diferença.

Se o Direito é, de facto, “um continente de que conteúdo são os fenómenos sociais na sua contante mutação”⁷⁹, como pode pretender coarctar o

⁷⁶ Particularizando propositadamente o universo de relações jurídicas possíveis e concebíveis.

⁷⁷ A título exemplificativo, e por serem de facto diplomas frequentemente convocados no nosso ordenamento jurídico – de onde logicamente partimos – pelo seu âmbito de aplicação material e espacial, o Regulamento 44/2001 (quanto à determinação do foro competente) e da Convenção de Roma de 1980 (quanto à determinação da lei aplicável a obrigações contratuais), que analisámos *supra* (pontos 3.1 e 3.2)

⁷⁸ A que têm, inclusivamente, sido feitas algumas alterações que tornam clara essa sua aptidão para a regulação deste novo “pedaço de vida”.

⁷⁹ Como já em 1999 defendia Inocência Galvão Teles na sua Introdução ao Direito, volume I, Coimbra, 2001, p. 40.

desenvolvimento? Se o Direito brota da vida em sociedade, por forma a discipliná-la, como pode ser indiferente às evoluções que decorrem no plano do ser? Se este conceito de Direito em que acreditamos conserva ainda a sua validade, então o Jurídico, em torno de um conjunto de “princípios perenes porque conformes com a natureza permanente do homem”⁸⁰, não pode deixar de ser concebido como um livro aberto à inclusão dos novos conteúdos que o próprio mundo vai fazendo surgir.

SINOPSE DA REGULAÇÃO DOS PROBLEMAS DE DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO NO CONTEXTO DA INTERNET

DIREITO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Regulamento 44/2001

PACTO ATRIBUTIVO DE JURISDIÇÃO (art 23.º)

- requisitos domicílio de uma das partes num Estado-Membro
atribuição de competência ao tribunal de um Estado-Membro
exigência alternativa do n.º 1
exigências especiais dos art 17.º *ex vi* art 23.º-5 (alternativas entre si)
- consequência – atribuição de competência exclusiva

CRITÉRIO GERAL (art 2.º) = *tribunal do domicílio do Réu*, num Estado-Membro

CRITÉRIO ESPECIAL (art 3.º-1) EM MATÉRIA CONTRATUAL (art 5.º-1)

= *tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão*

determinação *lege causae*



concretização supletiva para certos casos (alínea b)



dificuldades insuperáveis



redução teleológica art 5.º-1 = exclusão do critério especial
= critério geral art 2.º

⁸⁰ Inocêncio Galvão Teles, ob. cit., p. 40.

CONVENÇÃO DE BRUXELAS DE 1968 art 5.º-1	REGULAMENTO 44/2001 art. 5.º-1
“Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida (...);”	“a) Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão; b) Para efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar do cumprimento da obrigação em questão será: – no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues, – no caso da prestação de serviços, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados; c) Se não se aplicar a alínea b), será aplicável a alínea a);”

CRITÉRIO ESPECIAL (art. 3.º-1) EM MATÉRIA EXTRA CONTRATUAL (art. 5.º-3)
= tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso
(alternativa para o A. entre o lugar do evento causal e o lugar de produção do dano, em caso de não coincidência)

CONVENÇÃO DE BRUXELAS DE 1968 art. 5.º-3	REGULAMENTO 44/2001 art. 5.º-3
“Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso”	“Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso.”

CRITÉRIO ESPECIAL (art. 3.º-1) EM MATÉRIA DE CONTRATOS COM CONSUMIDORES (secção 4 – arts. 15.º ss)

Contrato com consumidor:

Objecto – venda a prestações de bens móveis corpóreos ou operações de crédito para o seu financiamento ou qualquer outro contrato (em certas condições – al.c))

Fornecedor – actuação no quadro de actividade comercial ou profissional (ou fora dela desde que o consumidor o desconheça e não devesse conhecê-lo)

Consumidor – definido implicitamente pela finalidade do contrato:

- acção proposta pelo consumidor (16.º-1): tribunal do EM do *domicílio do consumidor*; tribunal do *domicílio da contraparte/domicílio “fictício”* (art.15.º-2)
- acção proposta pela contraparte (16.º-2): tribunal do EM do *domicílio do consumidor*

DIREITO DE CONFLITOS STRICTO SENSU

Convenção de Roma de 1980

REGRA GERAL (art. 3.º) – lei escolhida pelas partes (escolha real)

CRITÉRIO SUPLETIVO (art. 4.º) = lei com a qual o contrato apresente conexão mais estreita

- *concretização*: presunção do n.º 2: país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica tem a sua residência habitual/administração central, no momento da celebração; indeterminação (n.º 5); ilisão pelo conjunto das circunstâncias do contrato (n.º 5)

CRITÉRIO ESPECIAL, DE APLICAÇÃO IN MELLIUS, PARA CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES (art. 5.º)

= lei da residência habitual do consumidor (ambiente do consumidor) funcionando como limite negativo face ao art. 3.º (inadmissibilidade de escolha que prive o consumidor de protecção mais favorável de normas imperativas da lei da sua residência habitual) e como elemento de conexão para a determinação da lei subsidiariamente competente (art. 4.º)

Contrato celebrado por consumidor:

Objecto – contratos de fornecimento de bens móveis corpóreos ou serviços ou contrato de financiamento desse fornecimento;

Fornecedor – actuação no quadro de actividade profissional (ou fora dela desde que o consumidor o desconheça e não devesse conhecê-lo);

Consumidor – Pessoa singular definida implicitamente pela finalidade do contrato.

+ uma das alternativas do n.º 2: demonstração de convencimento passivo do consumidor e de conexão com o estado da lei determinada

CONVENÇÃO DE BRUXELAS art. 13.º	REGULAMENTO 44/2001 art. 15.º-1
<p>“1. Quando se trate de venda a prestações de bens móveis corpóreos;</p> <p>2. Quando se trate de empréstimo a prestações ou de outra operação de crédito relacionados com o financiamento da venda de tais bens;</p> <p>3. Relativamente a qualquer outro contrato que tenha por objecto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos se:</p> <p>a) A celebração do contrato tiver sido precedida no Estado do domicílio do consumidor de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de anúncio publicitário; e</p> <p>b) O consumidor tiver praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato.(...)”</p>	<p>“a) Quando se trate da venda, a prestações, de bens móveis corpóreos; ou</p> <p>b) Quando se trate de empréstimo a prestações ou de outra operação de crédito relacionados com o financiamento de tais bens; ou</p> <p>c) Em todos os outros casos, quando o contrato tenha sido concluído com uma pessoa que tem actividade profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou dirige essa actividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, e o dito contrato seja abrangido nessa actividade.”</p>

CONVENÇÃO DE ROMA art. 5.º	CONVENÇÃO DE BRUXELAS art. 13.º-3
<p>“Se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato; ou Se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país; ou Se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.”</p>	<p>“a) A celebração do contrato tiver sido precedida no Estado do domicílio do consumidor de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de anúncio publicitário; e b) O consumidor tiver praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato.(...)”</p>

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA MACHADO, João – *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2002
- CORREIA, Miguel Pupo – “Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade da informação?”, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- LIMA PINHEIRO, Luís – *Direito Internacional Privado*, volume I, 2003, e volume II, 2002, Coimbra, Almedina
- LIMA PINHEIRO, Luís – “Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (org. A. Menezes Cordeiro, L. Menezes Leitão, J. Costa Gomes), vol. V – *Direito Público e vária*, Coimbra, Almedina, 2003
- GONÇALVES, Maria Eduarda – *Direito da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003
- Guia do consumidor para o comércio electrónico*, <http://www.ic.pt>, 2001
- MOENS, Priscilla – *Loi applicable et juge compétent la CCI ne veut pas d’exception pour le consommateur*, <http://www.droit-technologie.org>, 2001
- MOURA VICENTE, Dário – “Direito Internacional Privado”, *Ensaio*, II, Coimbra, Almedina, 2005
- OLIVEIRA, Elsa Dias – “Lei aplicável aos contratos celebrados com consumidores através da Internet e tribunal competente”, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002

- PEREIRA, J. Timóteo – *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Lisboa, Quid Juris, 2004
- ST OREN, Joakim – “International Jurisdiction over Consumer Contracts in e-Europe”, *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford Univ. Press/BIIICL, 2001
- VERBIEST, Thibault – *Commerce électronique: loi applicable et juridiction compétente (une synthèse)*, <http://www.droit-technologie.org>, 2002
- VERBIEST, Thibault; WERY, Etienne – *Commerce électronique par le téléphone mobile (m-commerce) un cadre juridique mal défini*, <http://www.droit-technologie.org>, 2004
- WALDEN, Ian – “Regulating electronic commerce: Europe in the global economy”, *O comércio electrónico: estudos jurídico-económicos* (coord. Glória Teixeira *et al.*), Coimbra, Almedina, 2002