

A GLOBALIZAÇÃO, A OMC E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Alexandre Dias Pereira¹

Sumário: I. Introdução; 1. A (r)evolução da Internet (convergência e interoperabilidade) e sua comercialização (as empresas tecnológicas e a migração para o mercado digital); 2. Noção, vantagens e modalidades do comércio eletrônico (B2B, B2C; direto e indireto); 3. A dimensão mundial do comércio eletrônico e a regulação da Internet: do estado de “anarquia em linha” à afirmação de novas zonas de soberania. II. O mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo “globalitário”) na Internet 1. Das taxas públicas às rendas privadas no Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS); 1.1. O direito de distribuição e o problema do (não) esgotamento dos direitos no comércio eletrônico; 1.2. As exceções aos direitos de propriedade intelectual e a regra dos três passos, segundo as exigências do comércio mundial; 2. A sutileza do neoprotecionismo; 2.1. A propósito da proteção do consumidor (incluindo o investidor); 2.2. A propósito da proteção da saúde pública: o caso da comercialização de medicamentos na Internet; Conclusão; Referências consultadas.

Resumo: Os interesses do comércio mundial que presidem à actuação da OMC estão a tomar conta da Internet. Neste trabalho, procura-se denunciar o mito de comércio eletrônico livre, através da análise da substituição das taxas públicas pelas rendas privadas no ADPIC/TRIPS, em especial no que respeita ao direito de distribuição e às exceções aos direitos de propriedade intelectual, por um lado, e da sutileza do neoprotecionismo, ora a propósito da proteção do consumidor ora a propósito da proteção da saúde pública, por outro.

Palavras-chave: Globalização, Internet, comércio eletrônico, OMC, propriedade intelectual.

Abstract: The interests of the world trade, that the WTO protects, are taking over the Internet. This paper is an essay to denounce the myth of a free e-commerce by the analysis of the replacement of public taxes by private royalties, in particular in what concerns the right of distribution and the exceptions to intellectual property rights, on one hand, and the subtleness of the neoprotectionism regarding consumer and public health protection.

Key words: Globalization, Internet, Electronic Commerce, WTO, Intellectual Property.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (www.fd.uc.pt/~alexis).

Introdução

1. O crescimento exponencial da Internet trouxe consigo a nova *economia digital*, com a formação de um mercado eletrônico (ou virtual) e o aparecimento de “ciberempresas” de matriz *tecnológica*. Ao mesmo tempo, assistiu-se à migração das empresas tradicionais para o mercado eletrônico.²

Na base desta nova realidade encontram-se determinados imperativos tecnológicos, que permitem à rede eletrônica global o seu crescimento. Por um lado, o imperativo da *interoperabilidade* e da convergência tecnológica ao nível da informática, do audiovisual e das telecomunicações. Por outro lado, o imperativo da segurança técnica postulado pelas *tecnologias seguras*, nomeadamente as *assinaturas digitais e serviços de certificação* com função de autenticidade e integridade dos dados, e a *cifragem e os envelopes criptográficos* com função de confidencialidade dos dados.³

2. Em termos gerais, o comércio eletrônico traduz-se na negociação realizada por via eletrônica, isto é, através do processamento e transmissão eletrônicos de dados, incluindo texto, som e imagem.⁴ As *vantagens*

2 Cf. o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 13 e 18 ss (com nota de atualização no site da editora).

3 Sobre as questões tecnológicas *vide*, nomeadamente, *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação – para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 3.12.1997; *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996; *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 8.10.1997; *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*; e o nosso *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, <http://www.fd.unl.pt> – 1/1.

4 O comércio eletrônico tem por base os chamados serviços da sociedade da informação que a lei define como qualquer prestação de actividade à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração (cfr. Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, que transpõe para o direito português a Directiva 98/34/CE do Parlamento

do comércio eletrônico traduzem-se, fundamentalmente, no chamado *comércio sem papel* (*paperless trade*), no *just in time* e na possibilidade de *acesso rápido e atualizado* a diversas fontes de informação e de fornecimento de bens. Em vista das suas inegáveis vantagens, o comércio eletrônico abrange cada vez mais *atividades econômicas*, como sejam, por exemplo: a venda em linha de mercadorias; os serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha; e os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrônico.

Podemos distinguir dois tipos de comércio eletrônico tendo em conta o critério dos sujeitos que o praticam e o critério do modo de cumprimento das transações. Atendendo ao critério dos sujeitos, distingue-se entre o comércio eletrônico que se realiza apenas entre empresas ou entidades equiparadas (o chamado B2B) e o comércio eletrônico que é aberto ao público consumidor (o chamado B2C). Sendo que a vertente “B2C” tem crescido muito nos últimos anos, com a passagem de um tradicional EDI fechado ao novo comércio eletrônico em redes abertas, como a Internet.

Além disso, atendendo ao critério do modo de cumprimento das transações, distinguem-se duas modalidades principais no comércio eletrônico. Por um lado, o comércio eletrônico *direto*, que se traduz na encomenda, pagamento e entrega direta em linha de bens incorpóreos e serviços, como, por exemplo, a compra e venda em linha de programas de computador ou de conteúdos de diversão e de informação. Por outro lado, o comércio eletrônico *indireto*, que se traduz na encomenda eletrônica de bens que têm de ser entregados fisicamente por meio dos canais tradicionais, como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso.⁵ Assim, o comércio eletrônico direto abrange as transações cujo objeto é susceptível de entrega eletrônica em linha, ao passo que o comércio eletrônico indireto corresponde às transações cujo objeto é um bem tangível ou está incorporado num suporte corpóreo (por exemplo, a

Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998). Vide o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrônicas*, **Revista da Ordem dos Advogados**, 1999, III, p. 978 ss.

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

distribuição de exemplares de programas de computador em suporte CD-ROM com encomenda e eventual pagamento em linha).

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

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

A consideração do papel da OMC na regulação do comércio eletrônico será mais um exemplo da passagem de um estado de “anarquia em linha” para a um estado de ordenação jurídica de uma nova zona de soberania: o chamado “ciberespaço”.⁶ Com efeito, depois de ter sido alegada a obsolescência do Estado e a incompetência dos juristas e de os *tecnólogos* revolucionários terem autoproclamado a sua soberania no ciberespaço, assiste-se atualmente a um processo de intervenção reguladora de organizações de fonte estadual, que pretendem chamar o *tempo real* da Internet ao tempo administrativo e ao tempo judicial. Porém, são detectáveis alguns paradoxos neste processo de regulação, uma vez que, se por um lado se apela à *auto-regulação* e aos “ADR’s” (veja-se, por exemplo, em matéria de nomes de domínio e de procedimentos de arbitragem da WIPO), ao mesmo tempo, por outro lado é visível um movimento de neocriminalização, com destaque para a recente Convenção sobre o *cibercrime*. Além disso, é questionável se a globalização não significa, em matéria de comércio eletrônico, a afirmação de novas soberanias, públicas e privadas, como é o caso da intervenção reguladora da União Européia em matéria da sociedade da informação e da regulação dos nomes de domínio pela ICANN.

⁶ Vide, desenvolvidamente, o nosso *A Jurisdição na Internet segundo do Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, LXXVII, 2001.

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

O mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo “globalitário”) na Internet

1. Em anexo ao acordo do GATT encontra-se um outro acordo que diz respeito aos *aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio* (ADPIC/TRIPS).⁷ Nos termos deste acordo, os Estados Contra-

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

tantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de autor, patentes, marcas e outros direitos de propriedade industrial. A observância desses padrões de proteção da propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC, que assim pode *controlar* as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.⁸

De um modo geral, o Acordo ADPIC estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º) e define como objetivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e econômico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º). Além disso, estabelece certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual, começando pelo direito de autor e direitos conexos.⁹

Ora, a instituição global de um sistema apertado de direitos de propriedade intelectual é feita no contexto de um acordo sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. Isto significará a substituição dos impostos do Estado pelas *royalties* das grandes empresas privadas, ficando ainda por cima o Estado onerado com os custos administrativos de fiscalização e punição das infrações?¹⁰

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

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

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

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

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

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

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

No direito europeu formou-se o princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único.¹¹ Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito. Todavia, no domínio do comércio eletrônico direto esse princípio não se aplica, uma

¹¹ Em matéria de direitos de autor, veja-se, por exemplo, a diretiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE), art. 4.º, 2.

vez que se entende que se trata de uma atividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação).¹²

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

1.2. Mas, além disso, deve destacar-se que o Acordo ADPIC limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e exceções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-membros à regra dos *três passos*, nos termos da qual as exceções aos direitos exclusivos serão restritas a *casos especiais* que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2).¹³

Assim, as leis nacionais dos Estados Contratantes estarão sujeitas ao controle desta regra. Pelo que um Estado Contratante cujas indústrias do *copyright* se sintam prejudicadas pelas leis nacionais de outro Estado Contratante poderá solicitar à OMC o controle de conformidade destas leis nacionais com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Em vista

¹² Vide cons. 18 da 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 de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno; art. 5.º c, e cons. 33, da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados; cons. 19 da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social – Comércio eletrónico e fiscalidade indirecta – COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996. Para desenvolvimentos sobre esta questão vide o nosso Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital, **Boletim da Faculdade de Direito**, Studia Iuridica, 55, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 568 ss, com mais referências.

¹³ Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e exceções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6), sendo que o Tratado OMPI sobre direitos conexos consagra, também neste domínio, a referida regra dos três (art. 16.º).

disso, antecipou-se um movimento forte de “caça às exceções”. A este propósito interessa referir que o novo Tratado da OMPI (1996) sobre direito de autor também consagra expressamente a regra dos três passos (art. 10.º). Este Tratado destina-se a atualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Ora, em matéria de exceções, pode ler-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e exceções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contratantes configurar novas exceções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas exceções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, no *direito comunitário*, a diretiva sobre aspectos do direito de autor na sociedade da informação¹⁴ harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a proteção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e proteção. Este ato de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”.¹⁵ Em matéria de exceções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na diretiva sobre comércio eletrónico.¹⁶ Além disso, prevê um catálogo

14 Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

15 **O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação**, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, p. 15-16.

16 Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrónico”).

exaustivo de exceções e limitações, de adoção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da *regra dos três passos*, isto é, “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

Mas isto parece ser uma *contradição*. Com efeito, as exceções previstas na diretiva não são elas mesmas permitidas pela regra dos três passos? Que significado tem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as exceções possíveis? Poderá funcionar ainda como um critério que vincula os atos de legislação nacional que transpõem a diretiva? Ou tratar-se-á antes de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas diretivas sobre os programas de computador¹⁷ e sobre as bases de dados?¹⁸

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

Isto significa, ainda, que as *exigências do comércio mundial* poder-se-ão sobrepor à liberdade dos Estados no que diz respeito à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa e científica, instituindo exceções (art. 13.º). Historicamente, a lei dos direitos de autor prevê exceções ao exclusivo destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. Isto é, os direitos de autor comportam tradicionalmente exceções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação, nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas exceções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos

17 Diretiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, art. 6.º, 3.

18 Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, art. 6.º, 3.

media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Além disso, os direitos de autor consagram exceções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.¹⁹

Ora, entre outros aspectos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor jogam um papel de extrema importância ao nível da formação de uma *opinião pública* crítica que é indispensável à existência de um genuíno diálogo democrático.²⁰ Além disso, os legisladores nacionais poderão querer utilizar as suas leis do direito de autor com vista à promoção da liberdade de navegação na Internet,²¹ permitindo os atos de reprodução meramente técnica, os atos de *descompilação* de *software* e regulando as proteções tecnológicas. Por um lado, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos atos de reprodução temporária;²² por outro, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à

19 Cf. o nosso *Internet, Direito Autor e Acesso Reservado*, in: **As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação**, Instituto Jurídico da Comunicação, FDUC, Coimbra 1999, p. 268 ss.

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

21 *Vide* o nosso **A Liberdade de Navegação na Internet**, Estudos de Direito da Comunicação, IJC, Coimbra, 2002.

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

criação de produtos compatíveis ainda que concorrente.²³ Um outro aspecto diz respeito à regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte eletrônico, bem como à proteção dos sistemas técnicos de proteção e identificação, que é indispensável para se impedir que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”, legitimando a chamada *eletrificação da rede*.²⁴

Diante do direito comunitário, o *livre fluxo de informação* e a *liberdade de navegação* parecem já bastante comprometidas, uma vez que o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a proteção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam exceções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da proteção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação.²⁵ Pelo que essa *lógica mercantilista* parece sobrepor-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.

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

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

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

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

Com efeito, a filosofia do Acordo TRIPs/ADPIC parece, em larga medida, tratar os direitos de autor como uma *mera mercadoria de comércio*,²⁶ no que de resto não se afasta muito o legislador comunitário. Estes direitos parecem ser convertidos em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a sua razão de ser, que é proteger, desde logo, a *autoria*, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projeta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio. Mas é significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral destes direitos, bastando-se com o seu valor mercantil (art. 9.º, 1, 2.ª parte), segundo a mais estrita concepção do *copyright*. Com isso gera-se à escala mundial um direito de autor *imoral* ou *sem autor*.

A regra dos três passos em matéria de direitos de autor aplica-se, *mutatis mutandis*, em matéria de patentes, marcas e outros direitos de propriedade intelectual (arts. 17.º, 26.º, 2, 30.º).

Assim, em matéria de *marcas* dispõe-se que as exceções são permitidas, como por exemplo a utilização leal de termos descritivos, desde que se leve em conta os legítimos interesses do titular da marca e dos terceiros (art. 17). Isto levanta diversos problemas, como por exemplo no direito comunitário, em que *a utilização de marcas em publicidade comparativa* é admitida em determinadas condições restritas.²⁷ Mas, poderá a OMC con-

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

27 *Vide* Diretiva n.º 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa). Com efeito, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na diretiva, já que o objectivo

siderar que o regime da publicidade comparativa previsto na diretiva não está em conformidade com a regra do Acordo ADPIC?

Ainda no que diz respeito às marcas, uma questão que se coloca no domínio do comércio eletrônico resulta da utilização de marcas como metadados, incluindo a sua venda.²⁸ Os metadados (“*meta-tags*”) são “etiquetas eletrônicas” ou “descritores digitais” das páginas da rede, que permitam a sua identificação e catalogação por motores de pesquisa. Na jurisprudência do direito comparado a utilização de signos protegidos pelo direito de marca como metadados foi já considerada como violação do direito de marca, ao mesmo tempo que em outros casos se afirmou a possibilidade de utilização legítima de marcas como metadados em virtude do princípio de *fair use* no direito das marcas. De igual modo, coloca-se a questão da licitude da venda de marcas como metadados pelas chamadas empresas da Internet, de modo que, sempre que num motor de pesquisa se procure uma determinada palavra protegida como marca, certos *sites* apareçam nos primeiros lugares dos resultados de pesquisa ou então uma janela para esses *sites* seja automaticamente aberta.

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

consiste unicamente em acentuar objetivamente as respectivas diferenças (cons. 14, 15). Entre nós, a publicidade comparativa está regulada no art. 16.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, segundo a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, que *inter alia* transpõe a diretiva sobre publicidade comparativa. Vide o nosso **Publicidade comparativa**, IJC, Coimbra, 1993.

²⁸ Vide o nosso **Meta-tags, marca e concorrência desleal**, Direito Industrial, III, APDI, Almedina, em publicação.

injunções com efeito global, que proíbem a utilização de marcas como metadados mesmo em países nos quais as marcas não são protegidas?

Um outro exemplo sobre o efeito globalizante do Acordo ADPIC pode colher-se no *direito de patente*. Este Acordo parece consagrar uma ampla noção de objecto patenteável, abrangendo as invenções não apenas de produtos mas também de processos (art. 27.º, 1). Ora, uma questão muito debatida no espaço europeu prende-se com a patenteabilidade de processos e métodos funcionais de escrita de programas de computador (os algoritmos e outros elementos do código genético do *software*), levando em conta o valor econômico destas *informações tecnológicas*. Com efeito, a Convenção de Munique sobre a Patente Européia exclui dos objetos de patente os programas de computador, como tais. Mas, estará em conformidade com o Acordo ADPIC uma legislação que não permita a emissão de patentes para códigos de programação informática ao abrigo da referida Convenção de Munique? A questão é, de fato, muito atual, tanto mais que nos EUA se tem assistido a um crescente recurso à via da patente para proteger o *software* (incluindo os métodos de negociação na Internet), depois da jurisprudência deste país ter deixado descoberto a “espinha dorsal” dos programas aplicando-lhes critérios idênticos aos utilizados para as obras literárias ao nível da dicotómica idéia funcional/forma de expressão e julgando lícitas ao abrigo do *fair use* as práticas de engenharia regressiva para fins de interoperabilidade informática, à semelhança do previsto na diretiva comunitária sobre a proteção dos programas de computador.²⁹

2. O GATT é animado pela filosofia do comércio livre à escala mundial. Nesse sentido, aponta para a redução ou eliminação das taxas aduaneiras, de modo que não existam fronteiras para o livre-comércio. Vimos que, ao mesmo tempo, instituiu um sistema global de propriedade intelectual, nos termos do qual essas barreiras são reerguidas ainda que agora em benefício direto de outros agentes, que não propriamente os Estados.

Todavia, podemos identificar novas formas de protecionismo, ainda que sutil. Pensamos nomeadamente na proteção do consumidor e da saúde pública. Estas medidas produzem efeitos significativos em matéria de co-

²⁹ *Vide*, desenvolvidamente, o nosso **Patentes de Software**: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador, Direito Industrial, I, APDI, Coimbra, 2001, p. 387 ss.

mércio eletrônico, ao menos em termos de blocos regionais. Seguidamente apontam-se alguns exemplos da *sutileza do neo-proteccionismo*.

2.1. Para começar, a *propósito da proteção do consumidor* (... incluindo o investidor) institui-se um sistema regulador com efeitos protecionistas, em especial no domínio do comércio eletrônico.³⁰ Com efeito, o direito comunitário tem sido animado pela cruzada da defesa do consumidor. Este propósito tem legitimado a intervenção do legislador comunitário, através da adoção de medidas de harmonização, as quais prosseguem um elevado nível de proteção, não obstante serem muitas vezes medidas de harmonização mínima deixando aos Estados-membros a possibilidade de praticarem padrões normativos de proteção dos consumidores ainda *mais elevados*.

Exemplos desta política comunitária de proteção do consumidor, que todavia tem manifestado relevo mercantil (e por isso a sua adopção se justificou), são nomeadamente a directiva sobre *cláusulas abusivas*³¹ e a directiva sobre *contratos à distância*.³² Ambas têm manifestado interesse no domínio do comércio eletrônico com consumidores, consagrando normas imperativas de proteção. Em especial, a directiva sobre contratos a distância confere ao consumidor um prazo mínimo de sete dias úteis para “rescindir” o contrato celebrado, por exemplo, pela Internet (art. 6.º). Em Portugal, o diploma de transposição desta directiva³³, alargou o prazo mínimo para 14 dias.

Por si só, esta regra poderia levar muitas empresas a ponderar os custos de comercializar eletronicamente bens junto aos consumidores europeus, uma vez que correm o risco de ver as encomendas desfeitas por eles no referido prazo, sem necessidade de justificação. Acresce que, para além de outras normas substantivas de proteção do consumidor previstas nomeadamente na directiva sobre comércio eletrônico,³⁴ o Regulamento 44/

30 *Vide* o nosso A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, II, Centro de Direito do Consumo – FDUC, Coimbra, 2000, p. 43 ss.

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

32 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 a distância.

33 Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril.

34 *Vide* arts. 10.º e 11.º relativos às informações a prestar e à ordem de encomenda, respectivamente.

2001³⁵ estabelece a *competência judiciária dos tribunais dos países do domicílio dos consumidores* (art. 16.º), além do que a Convenção de Roma³⁶ prevê a possibilidade de *aplicação da lei do seu domicílio* (art. 5.º), a qual deverá respeitar os mínimos da diretiva sobre contratos a distância. Estas regras são adotadas em nome do *princípio da proteção da parte mais fraca*, que justifica desvios ao sacrossanto princípio da liberdade contratual, constituindo parte essencial do acervo contratual comunitário.³⁷

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

2.2. Depois, a propósito da proteção da *saúde pública*, a regulação de certas atividades também produz efeitos protecionistas, que se sentem especialmente no domínio do comércio eletrônico. Um exemplo desta política de proteção da saúde pública com efeitos restritivos é o regime da comercialização de medicamentos, em especial pela Internet.³⁸

Com efeito, o regime de compra e venda de medicamentos pela Internet parece ser bastante restritivo, sobretudo nas relações com consumidores. Efetivamente, no que respeita às relações com o público utente (B2C) o *distribuidor em grosso* de medicamentos de uso humano não pode vender diretamente ao público, uma vez que *só o pode fazer a farmácias* ou a outros estabelecimentos de distribuição em grosso de medicamentos de uso humano, segundo o regime jurídico da distribuição em grosso de medicamentos

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

36 Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma a 16 de Junho de 1980, a que Portugal aderiu através da Convenção do Funchal de 18 de maio de 1992.

37 *Vide* o nosso Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, III, Centro de Direito do Consumo – FDUC, Coimbra, 2001, p. 281 ss.

38 Para desenvolvimentos *vide* o nosso **Comércio electrónico farmacêutico**. Textos de apoio ao 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

de uso humano³⁹ (art. 12.º, 1-e). Além disso, segundo o Estatuto do Medicamento,⁴⁰ os fabricantes, importadores e grossistas só podem vender medicamentos diretamente às farmácias (art. 62.º). Ora, se estes agentes não podem vender medicamentos ao público pelas vias tradicionais, então *conseqüentemente* também não o podem fazer pela Internet.

Mas, afinal, quem pode vender diretamente medicamentos ao público? A esta questão responde o regime jurídico do exercício farmacêutico,⁴¹ nos termos do qual só os farmacêuticos podem distribuir medicamentos ao público (art. 1, 1). E parece que os farmacêuticos não podem vender medicamentos pela Internet, uma vez que a lei do exercício farmacêutico estatui que o aviamento de receitas e a venda ou entrega de medicamentos ou substâncias medicamentosas ao público são atos a exercer exclusivamente nas farmácias pelos farmacêuticos ou pelos seus diretos colaboradores (art. 29.º, 1), já que os *sites* da Internet parecem ser estranhos ao *conceito normativo de farmácia*, que se afigura dificilmente coadunável com um sistema de acesso universal às farmácias, em que cada *site* da Internet pode ser acessado por qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. Com efeito, parece a lei exigir a *presença física simultânea das partes* no ato de compra e venda ao público de medicamentos para uso humano, não se distinguindo os medicamentos de venda livre dos que carecem de receita médica.⁴² *Esta proibição de*

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

40 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/91, de 8 de fevereiro, com alterações posteriores.

41 Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968.

42 Apesar disto, talvez fosse interessante, numa primeira fase, alargar a experiência da Pharma 24 aos meios eletrônicos e interativos, acautelados todos os interesses envolvidos. Por exemplo, no que diz respeito à proteção dos dados pessoais. Por dados pessoais entende-se qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. Cfr. Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados). Veja-se, também, o regime do tratamento dos dados pessoais e da proteção da privacidade no setor das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de outubro, que transpõe a Diretiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de

venda de medicamentos ao público pela Internet vale não apenas para as farmácias portuguesas, mas também para as farmácias estrangeiras que operam na Internet.

Isto não significa que o farmacêutico não possa ter um *site passivo*, isto é, um *site* que contém apenas informação sobre a farmácia e os respectivos produtos. A questão coloca-se sobretudo se a página é *publicidade* ou se pode conter publicidade. Com efeito, o art. 106.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos,⁴³ dispõe que é proibida a publicidade, por qualquer meio, da atividade profissional. A nosso ver, esta norma não proíbe um *site* passivo, meramente informativo, uma vez que ele deverá ser equiparado às *indicações inerentes ao exercício profissional*, principalmente letreiros, impressos e outros documentos, os quais devem ser redigidos de forma a não afetar a dignidade profissional (art. 106.º, 2, do Estatuto). De resto, a diretiva sobre comércio eletrônico⁴⁴ define, no art. 2.º, f), a publicidade ou *comunicação comercial* como todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato. Ora, a mesma norma desta diretiva dispõe expressamente que *não constituem comunicações comerciais*: (1) as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, sobretudo um nome de área ou um endereço de correio eletrônico; e (2) as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras. A nosso ver, caíam no *âmbito negativo* desta definição os *sites meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, isto é, os *sites* que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet.

1997). Refira-se, ainda, a Decisão da Comissão de 26 de julho de 2000 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios do “porto seguro” e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América. No plano internacional pode ver-se, nomeadamente, a **Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**.

43 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro.

44 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 de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (“Diretiva sobre comércio eletrônico”).

Além disso, a diretiva sobre comércio eletrônico introduz novidades neste domínio, no sentido de permitir a *publicidade de profissões regulamentadas na Internet*. Com efeito, segundo o art. 8.º, cabe aos Estados-membros assegurar que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão. Neste contexto, o n.º 2 prevê que as associações e organizações profissionais deverão ser incentivadas a elaborar códigos de conduta em nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestados para efeitos de comunicação comercial. Em vista disso, parece que os *sites* ativos de farmacêuticos serão lícitos, podendo incluir mensagens de natureza promocional, segundo os parâmetros a serem definidos por códigos de conduta.⁴⁵

Conclusão

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

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

⁴⁵ O regime jurídico da publicidade de medicamentos para uso humano é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 100/94, de 19 de abril, alterado pelo DL 48/99, de 16 de fevereiro, transpondo a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março.

Para além disso, procuramos denunciar o mito do comércio livre (ou a falácia do mercantilismo “globalitário”) na Internet, através da análise da substituição das taxas públicas pelas rendas privadas no Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS), em especial no que diz respeito ao direito de distribuição (e o não-esgotamento dos direitos no comércio eletrónico) e às exceções aos direitos de propriedade intelectual (em que as exigências do comércio mundial parecem pautar a regra dos três passos). Vimos ainda que o mito do comércio livre depara com a sutileza do neoprotecionismo, intervindo ora a propósito da proteção do consumidor (... incluindo o investidor), ora a propósito da proteção da saúde pública, como é o caso da comercialização de medicamentos na Internet.

Referências consultadas

BERCOVITZ, Alberto *et al.*, **Propiedad Intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

_____. El derecho de autor en el acuerdo TRIPS. In: **Num Novo Mundo do Direito de Autor?**, II, Lisboa, 1994, p. 877 ss.

COMUNICAÇÃO da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997.

Garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem.

CORREA, Carlos M. TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights. IIC (**International Review of Industrial Property and Copyright Law**) 1994, p. 543 ss.

DREIER, Thomas. TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int. (**Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil**) 1996, p. 205 ss.

DREXL, Josef. **Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt**, München: Beck, 1990.

GELLER, Paul Edward. Can the GATT Incorporate Berne Whole. EIPR (**European Intellectual Property Report**) 1990, p. 423 ss.

GÓMEZ SEGADE, José António. A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor. In: Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000. *Stvdia Ivridica* 48, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra Editora, 2000, p. 7 ss.

KATZENBERGER, Paul. TRIPS und das Urheberrecht. *GRUR Int. (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil)* 1995, p. 447 ss.

LEHMANN, Michael. TRIPS/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen. *CR (Computer und Recht)* 1996, p. 2 ss.

LEWINSKI, Silke von. Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts. *GRUR Int. (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil)* 1996, p. 630 ss.

LIVRO VERDE da Comissão. COM(97) 623 final, 03.12.1997; **Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce**, 1996.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica**. Almedina, Coimbra, 1999.

_____. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. **Boletim da Faculdade de Direito**. *Stvdia Ivridica*, 55, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 568 ss.

_____. A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, LXXVII, 2001.

_____. **Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Eletrónico na Internet**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt>>. Acesso em: 12 nov. 2002.

_____. Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações eletrónicas. **Revista da Ordem dos Advogados**, III, Lisboa, p. 915 ss, 1999.

_____. Internet, Direito do Autor e Acesso Reservado. In: **As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação**. Instituto Jurídico da Comunicação, FDUC, Coimbra 1999, p. 268 ss.

_____. Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, LXXV, 1999, p. 475 ss.

_____. **A Liberdade de Navegação na Internet**. Estudos de Direito da Comunicação, IIC, Coimbra, 2002.

_____. The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, LXXVI, 2000, p. 312 ss.

_____. Copyright Issues of Techno-Digital Property. In: **Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce**, Heath & Saunders (eds.), London, Kluwer, 2001, p. 65 ss.

_____. **Publicidade comparativa**. IJC, polic., Coimbra, 1993.

_____. **Meta-tags, marca e concorrência desleal**. Direito Industrial, III, APDI, Almedina (em publicação).

_____. **Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador**. Direito Industrial, I, APDI, Coimbra, 2001, p. 387 ss.

_____. A proteção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio eletrónico. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, II, Centro de Direito do Consumo – FDUC, Coimbra, 2000, p. 43 ss.

_____. Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo. **Estudos de Direito do Consumidor**, III, Centro de Direito do Consumo – FDUC, Coimbra, 2001, p. 281 ss.

_____. Comércio eletrónico farmacêutico. In: **Textos de apoio ao 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento**. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

REINBOTHE, Jörg. Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPS. GRUR Int. (**Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil**) 1992, p. 707 ss.

_____. Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG. In: Hilf, Meinhard / Oehler, Wolfgang (Hrsg.). **Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 149 ss.

RICKETSON, Sam. The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights. IIC (**International Review of Industrial Property and Copyright Law**) 1995, p. 872 ss.

WORTHY, John. Intellectual Property After GATT. EIPR (**European Intellectual Property Report**) 1994, p. 195 ss.