

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Direito do Consumo

2015 - 2017

JURISDIÇÃO CIVIL

JULHO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3.

Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo

Jorge Morais Carvalho



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo

Jorge Morais Carvalho*

1. Introdução
 2. *Big data*
 3. *Internet of things*
 4. *Blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*
 5. Dados pessoais como contraprestação
 6. Plataformas digitais
 - 6.1. Desafio ao conceito tradicional de consumidor
 - 6.2. Mudança de paradigma
 7. Conteúdos digitais
 8. Impressoras 3D
 9. Conclusão
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

1. Introdução

O Mercado Único Digital é uma das prioridades da União Europeia para os próximos anos¹, levantando novos problemas no domínio do direito dos contratos, em particular no que respeita aos contratos de consumo².

A principal questão a que será necessário dar resposta nos próximos anos consiste em saber se as atuais regras são suficientes para regular os contratos que resultam da revolução tecnológica e digital em curso, o que pressupõe a sua flexibilidade³, ou se, pelo contrário, novas regras terão de ser adotadas para regular uma nova realidade⁴.

Tratamos neste ponto, sucessivamente, de sete desafios lançados ao direito do consumo, nos últimos anos, pelo mercado digital: *big data*; *Internet of things*; *blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*; dados pessoais como contraprestação; plataformas digitais; conteúdos digitais; impressoras 3D.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: www.jorgemoraiscarvalho.com.

¹ Para um breve balanço dos primeiros dois anos após a apresentação da estratégia para o Mercado Único Digital, na perspetiva da Comissão Europeia, v. ANDRUS ANSIP, “The Digital Single Market Strategy Two Years On”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2017, pp. 145-147. O assunto está a ser acompanhado, em Portugal, em particular, pela Direção-Geral do Consumidor: TERESA MOREIRA, “Novos Desafios para a Contratação à Distância – A Perspetiva da Defesa do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 19-36, p. 25.

² JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 37 a 45.

³ ALBERTO DE FRANCESCO, “European Contract Law and the Digital Single Market – Current Issues and New Perspectives”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 1-17, p. 17.

⁴ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Disruptive Technology – Disrupted Law? – How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21-48, p. 27.



2. Big data

Começa-se por assinalar a influência dos *big data* (megadados) na contratação.

Esta realidade consubstancia-se na rápida recolha, armazenamento e tratamento automatizado de um conjunto enorme e variado de dados e permite uma cada vez maior personalização da oferta de bens e serviços⁵.

A informação circula na Internet, principal fonte de *big data*, sendo introduzida, consciente ou inconscientemente, pelos utilizadores através de dispositivos variados⁶. Nos últimos anos, tem-se assistido a uma massificação da utilização de *smartphones*, com cada vez mais funcionalidades⁷, o que aumenta exponencialmente a quantidade de dados transmitida e torna ainda mais frequente, em relação ao computador, a interação entre o utilizador e a tecnologia que gere esses dados⁸. A informação em causa resulta da navegação que é feita em páginas, das pesquisas em motores de buscas ou em programas ou aplicações, da própria utilização desses programas ou aplicações, do comportamento em redes sociais e de muitas outras ações e omissões quando estamos *online*, tudo isto podendo ser relacionado com o espaço (localização do utilizador) e o tempo (por exemplo, o dia da semana ou a hora).

O tratamento dos *big data* pode ser totalmente automatizado, sendo os modelos de análise construídos por algoritmos⁹. As técnicas de *machine learning* permitem que os computadores recolham os dados diretamente de outros computadores, sem intervenção humana, aprendendo uns com os outros a forma mais eficaz de proceder ao seu tratamento, tendo em conta os objetivos previamente definidos¹⁰.

É possível, mesmo sem utilizar informação específica relativa a uma determinada pessoa, prever o comportamento dessa mesma pessoa com base no comportamento de pessoas com as mesmas características. Por exemplo, os *big data* podem indicar que um anúncio colocado no Facebook tem um impacto X nas pessoas que residem em determinado local, acedem à Internet a determinada hora e gostam de determinada página.

⁵ MANUEL DAVID MASSENO, "On the Relevance of *Big Data* for the Formation of Contracts Regarding *Package Tours or Linked Travel Arrangements*, According to the New Package Travel Directive", in *Comparazione e Diritto Civile*, Vol. 4, 2016, pp. 2-13, p. 8; ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro: Proteção de Dados Pessoais e Deveres de Informação", in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 75-202, p. 85.

⁶ ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro", cit., p. 81.

⁷ PAULA RIBEIRO ALVES, "Os Desafios Digitais no Mercado Segurador", in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 33-57, p. 34.

⁸ Já se está a evoluir dos *smartphones* para dispositivos ainda mais próximos do nosso corpo (*wearables*). Assim, as pulseiras ou monitores de atividade, como a Fitbit, podem gerar e transmitir informação a cada respiração. Os *smartwatches* conjugam já estas funções num só dispositivo. Não tardará, certamente, a que seja possível termos um *chip* incorporado, tornando-nos, então, provavelmente, *smartpeople*. Sobre a *Internet of Things*, v. *infra* 3.

⁹ ANA ALVES LEAL, "Aspetos Jurídicos da Análise de Dados na Internet (*Big Data Analytics*) nos Setores Bancário e Financeiro", cit., p. 82.

¹⁰ Segundo uma notícia publicada em agosto de 2017 (<http://bit.ly/2ve4bzT>), a Facebook teve de desligar dois robôs de inteligência artificial, programados para imitar a negociação comercial entre seres humanos, depois de estes terem inventado uma linguagem própria para comunicarem entre si, deixando a conversa de ser compreensível para os programadores. É difícil prever até onde poderá chegar a inteligência artificial e, em especial, que efeitos poderá ter para os contratos de consumo.



Isto permite, com uma exatidão nunca antes conseguida, antecipar o comportamento de pessoas que correspondem a determinadas características e, com base em dados a elas relativos, orientar a informação transmitida.

Pode conceber-se a hipótese de, entre outros aspetos, a proposta contratual dirigida à pessoa A relativa a um determinado bem ou serviço ter cláusulas diferentes da proposta dirigida, quanto ao mesmo bem ou serviço, à pessoa B, por se saber que aquela tem tendencialmente mais interesse em celebrar o contrato. Esta personalização da proposta contratual pode levar até a que o preço relativo a um mesmo bem ou serviço seja diferente, no mesmo momento, em função do destinatário¹¹.

Outra hipótese é a personalização de bens e serviços. Num exemplo simples, cruzando a data de nascimento e as páginas consultadas por uma pessoa com o tráfego geral em determinada página (ou páginas), pode ser emitida uma proposta relativa à camisola do clube dessa pessoa, com uma imagem do número nas costas correspondente ao ano de nascimento ou à idade¹².

Os *big data* revolucionam igualmente a contratação sempre que esta esteja (fundamentalmente) associada a uma análise de risco, como sucede nos contratos de seguro. A possibilidade de se fazer uma análise de risco totalmente individualizada poderá ter como consequência limitar ou restringir ainda mais o acesso a determinados bens e serviços por parte de muitos consumidores.

3. Internet of things

A *Internet of things* (Internet das coisas) também constitui um desafio para o direito dos contratos em geral e para o direito do consumo em particular, na medida em que permite uma contratação cada vez mais automatizada.

A *Internet of things* consiste na ligação das coisas, como roupa e acessórios, eletrodomésticos ou meios de transporte, entre muitos outros, à Internet, garantindo uma gestão inteligente (*smart*) dessas coisas¹³. É muito provável que, em breve, a maioria das coisas venha estar ligada¹⁴. A relação com os *big data* (resultante da transmissão da informação e do seu tratamento automatizado) torna-a um instrumento poderoso¹⁵ na contratação.

¹¹ Sobre a diferença entre a *fixação de preços dinâmica* e a *fixação de preços personalizada* e os diferentes desafios que levantam: TIM WALKER, “How Much...? The Rise of Dynamic and Personalised Pricing”, in *The Guardian*, 20/11/2017 – <http://bit.ly/2zTOboQ>.

¹² Acentuando a relevância da personalização da mensagem, numa perspetiva de marketing e de publicidade, em especial tendo em conta o impacto dos pequenos ecrãs, como *smartphones* ou *tablets*, nas decisões do consumidor, v. MARIA BEATRIZ BOTÃO ALVES, *Mensagem Publicitária da iEra nos Pequenos Ecrãs em Conexão com o Consumidor*, Escola Superior de Marketing e Publicidade, Lisboa, 2014 (policopiado), p. 31.

¹³ A *Internet of things* já está a evoluir para a *Internet of everything* (Internet de tudo), que consiste na conexão em rede de pessoas, processo, dados e coisas.

¹⁴ CHRISTIANE WENDEHORST, “Consumers and the Data Economy”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2017, pp. 1-2, p. 1.

¹⁵ HÉLDER FRIAS, “A Internet de Coisas (IoT) e o Mercado Segurador”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 219-236, p. 221.



Num já clássico exemplo, sem relevância contratual, podemos perguntar de que forma um *self-driving car* deve estar programado perante a situação em que uma criança aparece à sua frente, sendo a única hipótese para não a atropelar o embate num muro que porá em perigo a vida dos seus ocupantes.

Com relevância contratual, podemos pensar no frigorífico da nossa casa que, tendo a informação de que já só há um iogurte, contacta diretamente um supermercado *online*, encomendando mais iogurtes.

À partida, pelo menos no estado atual de evolução tecnológica, não se pode concluir que estes contratos sejam celebrados entre coisas. As coisas são programadas por pessoas para a emissão de declarações contratuais e estas são-lhes, portanto, imputáveis.

Já o art. 33.º do DL 7/2004, que regula o comércio eletrónico, estabelece, desde há mais de dez anos (uma eternidade, neste domínio), que “à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação”, sendo “aplicáveis as disposições sobre erro [...] na formação da vontade, se houver erro de programação, [...] na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina [...] ou] na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino”, não podendo a outra parte “opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução”.

Será que os deveres de informação pré-contratual, por exemplo, são, nestes contratos, transmitidos pelo profissional ao consumidor, em tempo útil, antes da celebração do contrato, de forma clara e compreensível, como exige o art. 4.º do DL 24/2014, que regula os contratos celebrados à distância?

Caminha-se no sentido da consultoria automática¹⁶, centrada em robôs e em algoritmos, com reduzida intervenção humana (ou mesmo sem intervenção humana), o que pode aumentar a qualidade da informação prestada, quer em termos formais quer em termos materiais, centrando-se no que é mais relevante para a contraparte.

A *Internet of things*, em especial pelos *big data* que dela resultam, pode também revolucionar as várias fases do *iter* contratual, ainda que os contratos não sejam celebrados automaticamente. Por exemplo, no setor dos seguros, em particular no ramo automóvel, fala-se já de UBI (*Usage Based Insurance*) e de PHYD (*Pay How You Drive*) para designar os seguros em que o preço varia em função da quantidade e da qualidade da circulação, fatores que apenas podem ser medidos eficazmente com a integração de computadores nos carros¹⁷. Em caso de sinistro, esse computador também poderá ajudar a explicar o que aconteceu,

¹⁶ No que respeita à consultoria financeira, v. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Inteligência Artificial e Consultoria Robótica (*Automation in Financial Advice*)”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 203-218.

¹⁷ PAULA RIBEIRO ALVES, “Os Desafios Digitais no Mercado Segurador”, cit., pp. 41 e 46 a 48.



indicando se o condutor do veículo é o responsável pelo acidente¹⁸. Já estão a ser experimentados modelos de negócio, noutros ramos do mercado de seguros, associados à concessão de descontos no prémio no caso de o segurado utilizar, em permanência, um dispositivo que permita monitorizar a sua atividade e o seu ritmo cardíaco¹⁹.

4. *Blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*

As criptomoedas, como a bitcoin²⁰, são moedas eletrónicas ou digitais, sem controlo centralizado (*peer-to-peer*), que se caracterizam, para garantia de segurança, pela utilização da criptografia, ou seja, a transformação de informação legível em informação ilegível, que só pode lida por quem tiver autorização para o efeito.

É utilizada a tecnologia *blockchain* (cadeia de blocos, em português)²¹, que permite o registo das transações em bases de dados distribuídas, ou seja, descentralizadas, disponíveis *online*, embora de forma anónima, sem identificação das carteiras virtuais como pertencendo a utilizadores individuais²².

Independentemente dos riscos que lhes possam estar associados, em especial ao nível da proteção do consumidor²³, as criptomoedas constituem um meio de pagamento²⁴, pelo que, se as partes estipularem nesse sentido, devem ser consideradas, para este efeito, como qualquer outra moeda²⁵, como contraprestação, qualificável como preço. Os contratos de consumo em que o consumidor se compromete a pagar com criptomoeda são, assim, contratos onerosos, podendo, por exemplo, ser qualificados, para todos os efeitos, como contratos de compra e venda, aplicando-se, entre outros, o DL 67/2003.

¹⁸ PAULA RIBEIRO ALVES, “Os Desafios Digitais no Mercado Segurador”, cit., p. 46 (referindo-se à “caixa negra de um veículo”).

¹⁹ HÉLDER FRIAS, “A Internet de Coisas (*IoT*) e o Mercado Segurador”, cit., p. 227.

²⁰ A bitcoin consiste num esquema apresentado pela primeira vez no seguinte texto (autor ou autores até hoje não identificados): SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 – <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

²¹ FRANCISCO MENDES CORREIA, “A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (*Blockchain*) no Sector Financeiro”, in *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 69-74, pp. 70 e 71.

²² Sobre as criptomoedas e, em especial, a bitcoin, v. BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, in *Sveriges Riksbank Economic Review*, n.º 2, 2014, pp. 71-87.

²³ BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, cit., p. 71.

²⁴ BJÖRN SEGENDORF, “What is Bitcoin?”, cit., p. 72; MADALENA NARCISO, “Consumer Expectations in Digital Content Contracts— An Empirical Study”, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n.º 1, 2017 – <https://ssrn.com/abstract=2954491>, pp. 2 e 3.

²⁵ MILTON BAROSSO-FILHO e RACHEL SZTAJN, “Natureza Jurídica da Moeda e Desafios da Moeda Virtual”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, n.º 1, 2015, pp. 1669-1690, p. 1689, consideram que “a bitcoin não é moeda, mas meio de troca, cuja função primordial é evitar custos”. DAVID YERMACK, “Is Bitcoin a Real Currency? An Economic Appraisal”, in *NBER Working Paper Series*, Working Paper n.º 19747, 2013 – <http://www.nber.org/papers/w19747.pdf>, pp. 9 a 16, explica as razões pelas quais a bitcoin não pode ser considerada uma moeda, tal como este conceito é entendido. Como sucede em relação a grande parte dos desafios recentes do mercado digital, a realidade está a desafiar os conceitos tradicionais, podendo (ou não) vir a gerar mudanças na sua caracterização, análise que tem de ser feita casuisticamente. A questão é também filosófica. OLE BJERG, “How is Bitcoin Money?”, in *Theory, Culture & Society*, Vol. 33, n.º 1, 2016, pp. 53-72, p. 53, refere que “a bitcoin é um sistema de pagamento eletrónico *peer-to-peer* que opera como uma moeda independente”, representando “um desafio ideológico para as formas convencionais de dinheiro, na medida em que, não só provoca crenças sedimentadas sobre o dinheiro, mas também expõe as formas de exploração, risco e até violência inerentes ao sistema existente”.



Os *smart contracts* são contratos automáticos, sem intervenção humana no momento do cumprimento, que se autoexecutam através de códigos de programação (que substituem, mais enquanto imagem do que na realidade, a linguagem jurídica)²⁶. Utilizam, tal como as criptomoedas, a tecnologia *blockchain*. Estes contratos podem ser contratos de consumo, caso em que se aplicam, à partida, as normas de direito do consumo.

5. Dados pessoais como contraprestação

Os dados pessoais são, atualmente, considerados o novo ouro ou o novo petróleo, sendo um importante bem transacionável²⁷ e constituindo, por si só, um desafio para o direito dos contratos em geral e o direito do consumo em particular²⁸. Vejamos em que medida.

O art. 874.º do CC define contrato de compra e venda como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um *preço*” (itálico nosso). O art. 879.º-c) estabelece que a compra e venda tem como efeitos essenciais, entre outros, “a obrigação de pagar o *preço*” (itálico nosso). O preço corresponde, em princípio, a dinheiro. Será que os dados podem ser considerados um preço?

Para uma empresa tecnológica, os dados fornecidos pelo utilizador em troca do bem são em muitos casos muito mais valiosos do que uma contrapartida financeira. Para a empresa gestora do jogo Pokémon Go, tem muito mais valor a informação inserida no jogo (fotos, por exemplo) do que um valor de um ou dois euros que pudesse ser pago pelos utilizadores para adquirir a aplicação.

A consequência é a de que não podemos considerar estes contratos – em que não é pago um preço, mas são fornecidos dados – como contratos gratuitos²⁹. Existe uma contraprestação e essa contraprestação tem um valor tal que, no mínimo, equilibra as prestações, podendo até em alguns casos desequilibrá-la, dada a relevância dos dados fornecidos.

A Proposta de Diretiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, de 9 de dezembro de 2015, preocupa-se com esta questão, estabelecendo, no art. 3.º, que a “diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o fornecedor fornece ao consumidor conteúdos digitais ou se compromete a fazê-lo e, em contrapartida, é pago um preço *ou o consumidor fornece ativamente outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados*” (itálico nosso).

²⁶ ROLF H. WEBER, “Liability in the Internet of Things”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 207-212, p. 209.

²⁷ HERBERT ZECH, “Data as a Tradeable Commodity”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 51-79, p. 53.

²⁸ CARMEN LANGHANKE e MARTIN SCHMIDT-KESSEL, “Consumer Data as Consideration”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2015, pp. 218-223, p. 218; ALBERTO DE FRANCESCHI, “European Contract Law and the Digital Single Market”, cit., p. 8.

²⁹ MADALENA NARCISO, “«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 198-206, p. 200, defende que “estes contratos parecem mais contratos por dinheiro do que contratos gratuitos”.



Julgamos que se justifica, desde já, uma interpretação atualista das normas vigentes no sentido de considerar onerosos os contratos pelos quais são transmitidos bens ou serviços contra o fornecimento de dados, optando por se aplicar nestes casos, em caso de dúvida entre o regime do respetivo tipo gratuito ou oneroso, este último.

Levanta-se, no entanto, um problema adicional, relacionado com o direito ao apagamento dos dados, previsto no art. 17.º do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Se o contraente que forneceu os dados retirar o seu consentimento (art. 7.º-3 do Regulamento 2016/679), qual é a consequência para o contrato que tinha como contraprestação o fornecimento desses dados? O contraente deixará, naturalmente, de ter acesso ao bem ou serviço a partir desse momento. Fica, contudo, em aberto a questão de saber se o apagamento dos dados tem consequências no que respeita ao período anterior a esse apagamento, nomeadamente se o titular dos dados tem de compensar a contraparte.

Outra questão que se pode colocar diz respeito ao consentimento para o tratamento de dados pessoais e, em especial, saber se esse consentimento é dado livremente. Nos termos do art. 7.º-4 do Regulamento 2016/679, é necessário verificar se o tratamento de dados é ou não necessário para a execução do contrato. Em caso de resposta afirmativa, admite-se que o consentimento para o tratamento de dados pessoais possa ser uma das cláusulas do contrato, enquanto condição necessária para a sua execução³⁰. A retirada do consentimento, sendo um direito do titular dos dados (art. 7.º-3), não pode, no entanto, gerar uma situação de incumprimento do contrato³¹.

6. Plataformas digitais

As plataformas digitais, como a Uber, a Airbnb, a Booking ou o OLX, trazem novas dinâmicas à contratação. As relações deixam de estar circunscritas a duas partes, surgindo terceiros que, com graus de intervenção diversos, têm grande importância na economia contratual³². As instituições europeias têm estado muito ativas no estudo da matéria³³, prevendo-se novidades legislativas no curto prazo.

Além de pôr em causa o conceito tradicional de consumidor, que visitaremos de seguida, estes contratos constituem um teste para as regras gerais do Código Civil ou da legislação de consumo.

³⁰ KÄRT PORMEISTER,, “Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2017, pp. 17-23, p. 20.

³¹ KÄRT PORMEISTER,, “Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»”, cit., p. 21.

³² TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *El Régimen Jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (E-Marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

³³ CAROLINE CAUFFMAN, “The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2016, pp. 235-243.



6.1. Desafio ao conceito tradicional de consumidor

Não existe um conceito único de consumidor, a nível nacional e internacional³⁴.

No nosso ordenamento jurídico, pode considerar-se que a definição mais relevante de consumidor é a do artigo 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor³⁵ (“considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”), uma vez que se trata do diploma que incorpora os princípios gerais do direito do consumo, sendo utilizada como referência no nosso direito.

O conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos (embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios): elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional³⁶.

Se as plataformas digitais não levantam especiais problemas quanto aos elementos subjetivo (“todo aquele”), objetivo (“fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos”) e teleológico (“destinados a uso não profissional”), o elemento relacional tem sido profundamente desafiado.

Assim, a contraparte (em relação ao consumidor) tem que ser uma “pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Falta o elemento relacional no caso de o contrato ser celebrado entre não profissionais (ou particulares). Note-se que não se pode falar em contrato entre consumidores, uma vez que, se não estiver preenchido o elemento relacional, não estamos perante um consumidor.

A identificação da contraparte poderá nem sempre ser fácil, em especial nos contratos celebrados em plataformas digitais, que se vão estendendo a setores de atividade muito diversificados³⁷.

Muitas vezes não é evidente com quem é que se está a contratar. Por exemplo, no caso da plataforma Uber, apesar de esta indicar nas condições gerais que não presta serviços de transporte, deve concluir-se que a empresa não é simples intermediária, sendo parte no contrato³⁸. Como a atividade é exercida a título profissional, o elemento relacional encontra-se preenchido.

³⁴ Sobre o conceito de consumidor, v. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., pp. 21 a 31.

³⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

³⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

³⁷ Por exemplo, o setor do crédito: CHRISTOPH BUSCH e VANESSA MAK, “Peer-to-Peer Lending in the European Union”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2016, p. 181.

³⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, pp. 63-65, p. 64; JORGE MORAIS CARVALHO, “Developments on Uber in Portugal”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2015, pp. 157-158; JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na Sharing Economy”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 115-129, p. 306; CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A



Já no caso de outras plataformas, como o OLX ou o CustoJusto, a relação com estas empresas é de consumo (se estiverem preenchidos os outros elementos do conceito de consumidor), mas a relação estabelecida com o vendedor do bem poderá ou não ser de consumo, consoante este venda os bens usados com carácter profissional ou não³⁹.

A fronteira que delimita o carácter profissional de uma atividade não é fácil de traçar. Nos extremos, a solução é clara. Assim, se uma pessoa resolve vender através de uma aplicação o carrinho de bebé do filho que entretanto cresceu não está a exercer a atividade a título profissional. O mesmo se diga de alguém que herda uma casa no Algarve e resolve arrendá-la uma semana na Páscoa através da plataforma Airbnb. Já se o negócio for comprar e vender carrinhos de bebé nessas aplicações ou arrendar casas, o carácter profissional do exercício da atividade é claro. Mais complexa é a conclusão quanto à verificação do elemento relacional em situações intermédias. Por exemplo: a pessoa em causa compra e, posteriormente, vende um carrinho de bebé de seis em seis meses através do OLX (ou um por mês ou de dois em dois meses); a casa herdada é arrendada o ano todo na Airbnb (ou não se trata apenas de uma casa, mas de duas ou três).

A dificuldade na adoção de critérios universalizáveis revela a inadequação do conceito a esta nova realidade, importando sobretudo definir os termos em que as plataformas podem ser responsabilizadas.

Note-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, porque não é matéria de facto). Se não forem incluídos no objeto do processo por outra via, cabe ao consumidor a alegação e, em princípio⁴⁰, a prova dos factos, relativos aos elementos indicados, que sustentam essa qualificação, nomeadamente o “uso não profissional”⁴¹.

6.2. Mudança de paradigma

É igualmente visível uma mudança de paradigma no que respeita às formas de proteção do consumidor, associadas às novas tecnologias e às redes sociais, cada mais baseadas no

New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10, p. 8.

³⁹ JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, cit., pp. 124 e 125.

⁴⁰ MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 139-158, p. 149, considera que, “segundo o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá impender sobre o consumidor relativamente aos factos que implicam a verificação dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico da noção de consumidor e sobre o (suposto) profissional quanto aos factos que implicam a verificação do elemento relacional da mesma noção”. A referência a um pedido de esclarecimento aponta, no direito português, para a aplicação dos arts. 7.º e 590.º-2 do Código de Processo Civil (princípio da cooperação). MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, cit., p. 143, considera que o juiz deve mesmo, se for necessário, recorrer “aos mecanismos de produção de prova por sua iniciativa que a lei processual lhe atribui, no âmbito do dever de inquisitorialidade do julgador, constante do artigo 411.º do CPC”.

⁴¹ No Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 4 de junho de 2015, Processo C-497/13, conclui-se que o tribunal “está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor [...], ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade”.



autocontrolo da qualidade dos bens e serviços pelos próprios consumidores, através de mecanismos de avaliação em linha da experiência com o profissional⁴².

As *reviews* (comentários, opiniões, análises) feitas por outros consumidores são, muitas vezes, fundamentais na decisão de contratar. Já o eram antes, mas o ritmo atual de circulação da informação institucionalizou-as (atualmente, ninguém ignora, por exemplo, a pontuação da Booking antes de marcar um hotel), tendo sido integradas nas estratégias de marketing dos profissionais, em particular dos intermediários que atuam no mercado digital.

Um dos grandes desafios do direito civil nos próximos anos, em particular na área do consumo, será regular adequadamente estes mecanismos de avaliação⁴³, garantindo a sua autenticidade.

7. Conteúdos digitais

Os conteúdos digitais estão, em geral, no centro da revolução tecnológica em curso. Com a democratização do acesso a computadores e telefones inteligentes (*smartphones*), todos eles ligados à Internet, passaram a ser cada vez mais comuns os contratos que têm como objeto conteúdos digitais, podendo considerar-se que têm mesmo uma função central na contratação contemporânea⁴⁴.

Estes contratos são, naturalmente, ignorados pelo Código Civil, mas também por legislação mais recente, da primeira década do século XXI, como a que regula o comércio eletrónico.

A Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, regulou, ainda que de forma tímida, alguns aspetos relacionados com os conteúdos digitais.

O artigo 8.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor, diploma para o qual foi parcialmente transposta a Diretiva 2011/83/UE, estabelece que “o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada”, entre outros aspetos, da “funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de proteção técnica, quando for o caso” e de “qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais,

⁴² JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, cit., pp. 307 e 308; CHRISTOPH BUSCH, “Crowdsourcing Consumer Confidence – How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223-243; MADALENA NARCISO, “Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis”, in *Maastricht European Private Law Institute – Working Paper*, n.º 2, 2017 – <https://ssrn.com/abstract=2918764>, p. 3.

⁴³ CHRISTOPH BUSCH, “Towards a «New Approach» in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2016, pp. 197-198, p. 198; SOFIA RANCHORDÁS, “Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy”, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082403, 2017.

⁴⁴ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Disruptive Technology – Disrupted Law?”, cit., p. 31.



quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento”. A interoperabilidade é um aspeto muito relevante no que diz respeito a conteúdos digitais, uma vez que só esta garante a utilização do conteúdo digital em diferentes equipamentos por parte do consumidor.

O Decreto-Lei n.º 24/2014, que transpõe a generalidade das regras da Diretiva 2011/83/UE, define conteúdo digital como os “dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio” [artigo 3.º-d)], e estabelece regras quanto à informação pré-contratual e ao direito de arrependimento quando este seja o objeto do contrato.

Tendo em conta as especificidades resultantes do seu objeto, a União Europeia está, como já se referiu, a preparar legislação sobre contratos de fornecimento de conteúdos digitais⁴⁵.

A Proposta de Diretiva, de 9 de dezembro de 2015, visa regular os contratos de fornecimento de conteúdos digitais, relevando algum paralelismo com o regime da venda de bens de consumo (em Portugal, regulada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003⁴⁶).

A Proposta de Diretiva retoma o conceito de conformidade, especificamente no domínio dos conteúdos digitais.

Os critérios de conformidade são indicados no artigo 4.º:

- Conteúdo digital tem que “ser da quantidade, qualidade, duração e versão e ter a funcionalidade, interoperabilidade e outras características de desempenho como a acessibilidade, continuidade e segurança, conforme exigido pelo contrato, inclusivamente em quaisquer informações pré-contratuais que façam parte integrante do contrato”;
- Conteúdos digitais têm que “ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao fornecedor no momento da celebração do contrato e que o mesmo tenha aceitado” (ou, se não for estipulada uma finalidade específica, “ser adequados à finalidade para a qual os conteúdos digitais com a mesma descrição seriam, normalmente, utilizados, incluindo a sua funcionalidade, interoperabilidade e outras características de desempenho como a acessibilidade, continuidade e segurança, tomando em consideração” uma série de elementos elencados no preceito);

⁴⁵ MICHAEL LEHMANN, “A European Market for Digital Goods”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 111-126, p. 115.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008 de 21 de maio.



– Conteúdos digitais têm que “ser fornecidos juntamente com quaisquer instruções e apoio ao cliente exigidos pelo contrato” e “ser atualizados, tal como estipulado no contrato”.

A integração no ambiente digital do consumidor também constitui um critério de conformidade, havendo falta de conformidade (i) se o conteúdo digital for incorretamente integrado pelo fornecedor ou por terceiro, sob a sua responsabilidade, ou (ii) se, sendo integrado pelo consumidor, a incorreção for devida a deficiências nas instruções de integração.

O artigo 8.º determina ainda que, “no momento em que os conteúdos digitais forem fornecidos ao consumidor, devem estar isentos de quaisquer direitos de terceiros, incluindo em matéria de propriedade intelectual, de modo a que os conteúdos digitais possam ser utilizados em conformidade com o contrato”.

Igualmente relevante para a União Europeia é, naturalmente, o acesso aos conteúdos em qualquer Estado-Membro, preocupação que está na base da Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2015, que visa assegurar a portabilidade transfronteiras dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno. Este diploma tem como objetivo, no essencial, impor aos prestadores de serviços de conteúdos em linha a obrigação de garantir o acesso não só no Estado-Membro da residência habitual do utilizador, mas também no Estado-Membro da sua residência temporária⁴⁷.

Já a Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 2016, vem prever a proibição do bloqueio geográfico (*geoblocking*) e outras formas de discriminação com base na nacionalidade, local de residência ou de estabelecimento dos clientes no mercado interno⁴⁸.

Os conteúdos digitais, bem como os dados pessoais associados, levantam uma série de outras questões, parcialmente relacionadas com o direito do consumo, nomeadamente o seu destino em caso de morte do titular⁴⁹.

8. Impressoras 3D

No âmbito da revolução tecnológica e digital em curso, é ainda importante perceber a influência que as impressoras 3D poderão ter na produção de bens a médio prazo. Será que o consumidor vai ser o novo produtor?

⁴⁷ KARL-NIKOLAUS PEIFER, “The Proposal of the EU Commission for a Regulation on Ensuring the Cross-Border Portability of Online Content Services in the Internal Market”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 163-172, p. 164.

⁴⁸ KARIN SEIN, “The Draft Geoblocking Regulation and its Possible Impact on B2C Contracts”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2017, pp. 148-157, p. 157.

⁴⁹ Para um breve enquadramento geral, v. KRISTIN NEMETH e JORGE MORAIS CARVALHO, “Digital Inheritance in the European Union”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 6, 2017, p. 253.



A impressora 3D permite materializar numa coisa um conteúdo digital. Vejamos um exemplo. Num primeiro momento, o designer faz o desenho de um sapato, através de um computador, com as instruções necessárias para a sua impressão. Depois, esse designer coloca o ficheiro que contém o desenho no mercado, podendo ser adquirido por qualquer interessado (produtor ou consumidor final). Por fim, o adquirente pode imprimir o ficheiro numa impressora 3D e, no final da impressão, tem um sapato.

É muito difícil prever, neste momento, qual será o impacto desta realidade, mas não deixa de ser evidente o papel central que os conteúdos digitais cada vez mais ocupam na economia. Com as impressoras 3D, mais do que a coisa propriamente dita, o ficheiro (ou seja, o conteúdo digital) é que tem de estar conforme com o contrato celebrado.

9. Conclusão

A revolução tecnológica e digital em curso tem consequências nos contratos que celebramos e na sua regulação.

Como pretendemos demonstrar ao longo deste texto, os megadados, a Internet das coisas, os dados pessoais, o *blockchain*, as criptomoedas, os *smart contracts*, as plataformas digitais, os conteúdos digitais e as impressoras 3D desafiam de forma significativa o direito do consumo e o direito dos contratos em geral tal como o concebemos hoje.

Estas são apenas algumas das questões colocadas pelo mercado digital, sendo que, provavelmente, enquanto estiver a ler estas páginas, um novo desafio terá nascido para o direito do consumo no ambiente digital.

