

**Os direitos do consumidor de conteúdos e serviços digitais segundo
a Diretiva 2019/770**

**Consumers' rights in digital content and services according to Directive
2019/770**

Alexandre L. Dias Pereira

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito, 3004-545 Coimbra

aldp@fd.uc.pt

<https://orcid.org/0000-0003-4356-9195>

Janeiro de 2020

RESUMO: Este trabalho analisa o acervo de direitos e remédios do consumidor no caso de não fornecimento e de não conformidade com o contrato de fornecimento de conteúdos ou de serviços digitais nos termos da Diretiva 2019/770 e de outros diplomas legais de proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção do consumidor; conteúdos e serviços digitais; remédios contratuais; mercado único digital.

ABSTRACT: This paper addresses the acquis of consumer's rights and remedies in case of no supply or no conformity with the contract of supply of digital content or services according to Directive 2019/770 and other statutory instruments of consumer protection.

KEY WORDS: Consumer protection; digital content and services; contract remedies; digital single market.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. Neutralidade “tipológica” da Dir. 2019/770 e salvaguarda de outros direitos
 3. Âmbito (objetivo e subjetivo) da proteção do consumidor de conteúdos ou serviços digitais
 4. Os dados pessoais como pagamento do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais
 5. Direito ao fornecimento pontual e em conformidade com o contrato
 6. Direito às atualizações e direito à integração correta dos conteúdos e serviços digitais
 7. Remédios para o não fornecimento ou para a falta de conformidade com o contrato
 8. Exercício do direito de rescisão e seus efeitos
 9. Direito de alteração dos conteúdos ou serviços digitais
 10. Responsabilidade objetiva do fornecedor de conteúdos e serviços digitais?
 11. Conclusão
- Bibliografia

* Baseado na comunicação sobre contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, apresentada no Congresso “Direito do Consumidor: Rupturas e Continuidades após as Recentes Alterações Legislativas”, organizado pelo Centro de Direito do Consumo em parceria com o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 22 de novembro de 2019.

1. Introdução

O fornecimento de conteúdos e serviços digitais é objeto de contratos celebrados e regulados ao abrigo da liberdade contratual¹. Contudo, a nível europeu, a proteção do consumidor foi considerada insuficiente, experimentando um em cada três consumidores problemas com a aquisição de conteúdos e serviços digitais sem encontrar respostas adequadas para esses problemas².

Na União Europeia, a proteção do consumidor no comércio eletrónico foi objeto de diversas medidas, como sejam desde logo a Dir. 2000/31 sobre comércio eletrónico³ e a Dir. 2011/83/UE sobre direitos dos consumidores⁴. Para promover a confiança do consumidor e o bom funcionamento do mercado interno digital foi recentemente adotada a Dir. 2019/770 sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁵, juntamente com outras medidas, em especial a Dir. 2019/771 sobre os contratos de compra e venda⁶, que revogou e substituiu a Dir. 1999/44 sobre as garantias na venda de bens de consumo⁷, cuja noção de bem de consumo seria limitada aos bens móveis corpóreos (art. 1/2-b)⁸ e, por isso, os consumidores de conteúdos e serviços digitais privados não tinham os mesmos meios de proteção⁹.

¹ Ver, por ex., os “Termos de Serviço do Google” <<https://policies.google.com/terms?hl=pt-BR>>, do Facebook <<https://www.facebook.com/legal/terms>>, do Youtube <<https://www.youtube.com/t/terms>> ou dos Recursos Netflix <<https://media.netflix.com/pt-pt/terms-and-conditions>>.

² EUROPEAN COMMISSION, “Digital contract rules” <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/digital-contract-rules_en>.

³ Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, transposta pelo DL 7/2004 de 7 de janeiro, alterado pelo DL 62/2009 de 10 de março e pela Lei 46/2012 de 29 de agosto.

⁴ Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

⁶ Em especial a Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE.

⁷ Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

⁸ O diploma interno (DL 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo DL 84/2008, de 21 de maio) apesar de alargar a noção de bem de consumo aos bens imóveis, limitou os bens móveis aos bens corpóreos (art. 1-b/b e 3). Sobre este regime ver por ex. PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 2 (2000), pp. 199-331.

⁹ Sobre a problemática da proteção do consumidor nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, ver, NATHALIE LOOS M.B. HELBERGER, LUCIE GUIBAULT, CHANTAL MAK, LODEWIJK PESSERS, “Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy* 36/1 (2013), pp. 37-57; LUCIE GUIBAULT, NATHALIE HELBERGER, *Digital Consumers and the Law: Towards a Cohesive European Framework*, Wolters Kluwer, 2012. Entre nós, com mais referências, JORGE MORAIS DE CARVALHO, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, vol. 20/3 (2019), pp. 63-87.

2. Neutralidade “tipológica” da Dir. 2019/770 e salvaguarda de outros direitos

Os contratos de fornecimentos de conteúdos ou serviços digitais não são objeto de disciplina específica no Código Civil. A Dir. 2019/770 não determina a natureza jurídica destes contratos, declarando-se neutral relativamente à sua classificação na série de tipos legais de contratos como a compra e venda, a prestação de serviços, a locação ou contratos *sui generis* (cf. considerando 12).

Trata-se, é verdade, de uma questão discutida há mais de duas décadas, em especial no que respeita às licenças de software e que não foi objeto de harmonização, ficando antes para o direito interno de cada Estado-Membro. O objetivo da Dir. 2019/770 é apenas assegurar um elevado nível de defesa do consumidor e promover a concorrência no mercado único digital. A par com a sua “gémea” Dir. 2019/771, a Dir. 2019/770 estabelece remédios a favor do consumidor no caso de não cumprimento ou de não conformidade com o contrato, acautelando todavia o princípio *favor negotii*.

Por outro lado, são ressalvados outros direitos do consumidor de conteúdos ou serviços digitais. O regime consagrado pela Dir. 2019/770 acresce ao já previsto por ex. no DL 24/2014 (alterado por último pelo DL 78/2018, de 15/10) que transpõe a Dir. 2011/83/UE sobre direitos dos consumidores. Destacam-se três pontos neste diploma relativamente aos conteúdos e serviços digitais: o dever de informação pré-contratual sobre funcionalidade e interoperabilidade, a possibilidade de afastamento do direito de livre resolução e a Proibição de cobrança de conteúdos digitais não solicitados.

Primeiro, em sede de informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância, cabe ao fornecedor indicar a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica, e qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso (art. 4-x/z).

Segundo, no fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material o prazo para o exercício do direito de livre resolução conta-se a partir do dia da celebração do contrato (art. 10/1-c). E o consumidor não suporta quaisquer custos relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias referido no artigo 10.º e reconhecido que perde com isso o seu direito de livre resolução, ou o fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor (art. 15/b). De qualquer modo, o direito de livre resolução é excluído relativamente aos conteúdos digitais não fornecidos em suporte material se a sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e este reconhecer que o seu consentimento implica a perda do direito de livre resolução (art. 17).

Terceiro, é proibida a cobrança de pagamento por fornecimento de conteúdos digitais não solicitados (art. 28).

3. Âmbito (objetivo e subjetivo) da proteção do consumidor de conteúdos ou serviços digitais

A Dir. 2019/770 regula, em termos de harmonização completa ou plena (art. 4), os contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em questões como a conformidade com o contrato, os remédios por desconformidade (meios de ressarcimento), e o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais. Os direitos estabelecidos têm natureza imperativa a favor do consumidor de conteúdos e serviços digitais (art. 22).

Quanto às partes, trata-se de contratos entre profissionais e consumidores (contratos de consumo). Por consumidor entende-se a “pessoa singular que[...] atue com fins que não se incluam no âmbito da atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional” (art. 2/6). Todavia, a Dir. 2019/770 mostra-se favorável ao alargamento dos remédios especiais de proteção do consumidor a outras entidades que ficam fora da noção de consumidor, mas que ainda assim podem ter uma necessidade de proteção semelhante à dos consumidores enquanto parte mais vulnerável, como sejam as ONG, as start-ups ou PME (considerando 16).

Quanto ao objeto, é composto por conteúdos e serviços digitais, incluindo o carregamento e partilha de conteúdos gerados pelo consumidor. O preâmbulo da diretiva (considerando 19) ilustra exemplificativamente a noção de conteúdos e serviços digitais com os programas informáticos, as aplicações, os ficheiros de vídeo, de áudio e de música, os jogos digitais, os livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas, por um lado (por ex. “Netflix”, “Spotify”), e os serviços digitais que permitem a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital ou o acesso aos mesmos (e.g. o software enquanto serviço - SaS) tais como a partilha de ficheiros de vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros (por ex. “YouTube”), o processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem (por ex. “Dropbox”, “Google Drive”), e as redes sociais (e.g. “Facebook”, “Instagram”, “Twitter”). Quanto aos modos de fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, distinguem-se o suporte material (e.g. DVD, CD, chaves USB e cartões de memória), o descarregamento feito pelos consumidores para os seus dispositivos (*download*), a difusão em linha (*streaming*), o acesso e a utilização de redes sociais e de “armazéns” de conteúdos digitais.

Não abrange os conteúdos ou serviços digitais incorporados em ou interligados com bens e que sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda desses bens, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo profissional ou por um terceiro, *presumindo-se, em caso de dúvida, que estão abrangidos*

pelo contrato de compra e venda (art. 3/4). A venda de equipamentos, como telemóveis, televisões ou relógios inteligentes com aplicações normalizadas pré-instaladas e fornecidas nos termos do contrato de compra e venda (e.g. aplicações de alarme ou de câmara), é regulada pela Dir. 2019/771. Esta diretiva sobre garantias na venda de bens de consumo aplica-se não apenas aos tradicionais bens corpóreos, mas igualmente aos “bens com elementos digitais”, isto é, “todos os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados com esses bens, de tal forma que a ausência desse conteúdo ou serviço digitais impediria os bens de desempenhar as suas funções” (considerando 14). Todavia, uma coisa é o contrato de compra e venda por ex. do telemóvel inteligente, incluindo o respetivo suporte lógico, outra é o fornecimento por terceiro de sistema operativo, aplicações ou jogos que não sejam indispensáveis para o bom funcionamento do bem vendido, como seja um computador, um televisor ou um relógio “smart” (cf. considerando 15).

Além disso, a Dir. 2019/770 não se aplica aos serviços de comunicações eletrónicas¹⁰, saúde, jogos a dinheiro (lotarias, apostas, casino, póquer), serviços financeiros, software livre, e transmissões cinematográficas digitais. Embora possam ser dispositivos médicos, as aplicações de saúde já são abrangidas se puderem ser obtidas pelo consumidor sem prescrição ou fornecimento de um profissional de saúde (considerando 29).

4. Os dados pessoais como pagamento do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais

O fornecimento dos conteúdos ou serviços é normalmente oneroso, isto é, prestado em troca pelo pagamento de um preço, incluindo o dinheiro ou uma representação digital do valor que é devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos. Os conteúdos e serviços digitais são fornecidos muitas vezes de forma gratuita ou em troca por representações digitais de valor, como os vales ou cupões eletrónicos. Tais representações digitais de valor, incluindo moedas virtuais (bitcoins), são consideradas um meio de pagamento, embora o reconhecimento das bitcoins dependa do direito nacional¹¹. Os dados pessoais, como o nome, imagem ou endereço de correio eletrónico, são considerados moeda de pagamento quando o consumidor permite que o fornecedor dos serviços digitais retire proveitos desses dados, por ex. quando

¹⁰ Nessa medida, os contratos de fornecimento de serviços e conteúdos digitais não são abrangidos pela Lei 23/96, de 26 de julho (alterada), que regula o fornecimento de serviços públicos essenciais, incluindo os serviços de comunicações eletrónicas, prevendo normas como o dever de os prestadores destes serviços informarem regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à Internet e à televisão por cabo (art. 4/3) e a proibição de suspensão da prestação do serviço sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior (art. 5/1 – norma que, de resto, não se aplica aos serviços de comunicações eletrónicas – art. 5/5).

¹¹ Segundo o Banco de Portugal, a aceitação de moeda virtual pelo seu valor nominal não é obrigatória, os direitos de reembolso ao consumidor não estão legalmente protegidos no caso de pagamento com moedas virtuais, não existe fundo que cubra sua desvalorização, para além de poderem ser utilizadas indevidamente em atividades criminosas, incluindo de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, e por isso recomenda às instituições de crédito, às instituições de pagamento e às instituições de moeda eletrónica sujeitas à sua supervisão que se abstenham de comprar, deter ou vender moedas virtuais (BANCO DE PORTUGAL, Carta Circular nº 11/2015/DPG <https://www.bportugal.pt/page/moedas-virtuais>).

permite que o fornecedor de uma rede social utilize esses dados “para outros fins que não apenas o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou o cumprimento dos requisitos legais” (considerando 24).

Enquanto responsável pelo tratamento de dados, o fornecedor deve cumprir os deveres previstos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹² e na lei interna de execução do RGPD¹³. Já as atividades pessoais ou domésticas não são abrangidas, como sucede com os utilizadores de redes sociais, sem prejuízo da sua aplicação “aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas” (considerando 18 do RGPD)¹⁴.

5. Direito ao fornecimento pontual e em conformidade com o contrato

O fornecimento deve ser cumprido sem demora indevida (art. 5/1) e em conformidade com o contrato, recaindo sobre o profissional o ónus da prova do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais (art. 12/1).

A conformidade afere-se subjetivamente por diversos fatores (art. 7), quais sejam: a) correspondência à descrição, quantidade, qualidade, funcionalidade, compatibilidade, interoperabilidade e demais características exigidas pelo contrato; b) adequação à finalidade específica pretendida pelo consumidor; c) fornecimento juntamente com os acessórios e instruções de instalação e apoio ao cliente; d) atualização dos conteúdos.

Quanto a requisitos de conformidade objetiva, destacam-se: a) a adequação às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam; b) quantidade, qualidades, características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, correspondentes às habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem¹⁵ (valor negocial da publicidade); c) fornecimento juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e d) conformidade

¹² 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

¹³ Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD.

¹⁴ Sobre tema, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista Bolsa, Banca e Seguros* nº 3 (2018), pp. 215-6, em nota.

¹⁵ Ver, a propósito do possível valor da publicidade, o disposto no artigo 7/5 da Lei do Consumidor, aprovada pela Lei 24/96, de 31 de julho (várias vezes alterada, a última pela Lei 63/2019, de 16 de agosto).

com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

6. Direito às atualizações e direito à integração correta dos conteúdos e serviços digitais

O consumidor tem o direito a ser informado sobre as atualizações e ao fornecimento das mesmas, incluindo atualizações de segurança¹⁶ (art. 8/2), e o direito à conformidade com a versão mais recente dos conteúdos ou serviços digitais disponíveis no momento da celebração do contrato (art. 8/6), sendo que o profissional poderá acordar com o consumidor o fornecimento de atualizações e características à medida que estas ficarem disponíveis tendo em conta que os conteúdos digitais e serviços digitais estão em constante evolução (considerando 44). Por outro lado, o consumidor tem direito à integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais (art. 9), em termos de funcionalidade e de interoperabilidade (cf. considerando 40).

7. Remédios para o não fornecimento ou para a falta de conformidade com o contrato

A Dir. 2019/770 prevê remédios para o não cumprimento do contrato por parte do fornecedor.

Em caso de *não fornecimento* (art. 13), o consumidor pode solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais sem demora indevida, ou num prazo adicional convencionado entre as partes; no caso de o fornecedor não cumprir novamente, o consumidor pode rescindir o contrato; mas o direito à rescisão é imediato se o profissional tiver declarado, ou resultar claramente das circunstâncias, que não irá fornecer os conteúdos ou serviços digitais, ou que o momento específico do fornecimento é essencial para o consumidor, e o profissional não fornecer os conteúdos ou serviços digitais até esse momento ou nesse momento¹⁷.

Em caso de *falta de conformidade*, o consumidor tem direito: 1.º à reposição em conformidade (a título gratuito e sem inconvenientes importantes para si) dos conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade; 2.º à redução proporcional do preço ou à

¹⁶ A segurança informática (“cibersecurity”) tem um “papel vital” para as redes e a informação, sendo objeto de um regime específico, que também aproveita aos consumidores, estabelecido pela Diretiva (UE) 2016/1148, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, transposta para o direito interno pela Lei 46/2018, de 13 de agosto (regime jurídico da segurança do ciberespaço).

¹⁷ A essencialidade do prazo de fornecimento pode ser o caso, por ex., de o consumidor contratar o serviço por ocasião do Campeonato Europeu de Futebol.

rescisão do contrato (art. 14). Se a reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade for impossível ou impuser ao profissional custos desproporcionados, o consumidor terá apenas direito à redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato, podendo todavia exercer estes direitos se a gravidade da falta de conformidade o justificar ou se o profissional tiver declarado, expressa ou tacitamente, que não irá repor os conteúdos ou serviços digitais em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para o consumidor. Sendo fornecimento oneroso, o consumidor só tem direito a rescindir o contrato se a falta de conformidade não for menor, presumindo-se que não o é (art. 14/6).

O consumidor pode ainda lançar mão dos remédios por falta de conformidade se a não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais resultar de infrações a direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, a menos que o direito nacional determine a nulidade ou a rescisão do contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais nesses casos (art. 10). Por ex. se os serviços forem bloqueados por razões de direitos de autor o consumidor pode ver a sua tarifa reduzida ou então rescindir o contrato, se o serviço não lhe interessar sem os conteúdos bloqueados. A este propósito interessa referir que a Diretiva sobre direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (doravante Dir. 2019/790)¹⁸ entre outros aspetos estabelece um conjunto de medidas com vista ao “funcionamento correto do mercado dos direitos de autor”, como sejam um direito conexo sobre publicações de imprensa relativamente a utilizações em linha por prestadores de serviços da sociedade da informação, e esclarece que a partilha de conteúdos em linha pelos utilizadores desses serviços implica atos de reprodução e de comunicação ao público e nessa medida depende de autorização do titular de direitos de autor. Os serviços de partilha de conteúdos em linha não são considerados serviços de armazenamento em servidor para efeitos da limitação de responsabilidade prevista no art. 14 /1 da Dir. 2000/31 sobre comércio eletrónico¹⁹. De todo o modo, ficam excluídos os utilizadores que não atuem com caráter comercial ou cuja atividade não gere receitas significativas; prevê-se ainda, para promover a concorrência com as grandes plataformas, um regime especial para as PME, além de se salvaguardar a liberdade de expressão.

A Dir. 2019/770 “não prejudica o direito de distribuição aplicável a tais bens nos termos da legislação em matéria de direitos de autor”, incluindo a portabilidade dos serviços de conteúdos em linha (considerando 20 e 36, *in fine*, e art. 3/9). A portabilidade é consagrada num regulamento específico²⁰. Relativamente ao direito de distribuição, discute-se o seu esgotamento no caso de fornecimento por transmissão digital. A diretiva dos direitos de autor mercado único digital não respondeu a esta questão. Pese embora o modelo de negócio

¹⁸ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados e a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

¹⁹ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

²⁰ Regulamento (UE) 2017/1128 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno.

das plataformas de vídeo a pedido e de partilha de conteúdos funcionar sobretudo em termos de *streaming*, isso não impede que continue o modelo alternativo da compra de exemplares digitais para livre utilização, independente de ligação à rede e de um serviço associado, e o interesse na possibilidade de revenda desses exemplares, em virtude do esgotamento do direito de distribuição, à semelhança do que é permitido, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do regime dos programas de computador²¹. Recentemente, o Advogado-Geral manifestou-se, *de iure condito*, pelo não esgotamento do direito de esgotamento face à Dir. 2001/29, mas deixando a questão em aberto *de lege ferenda*. Apesar de “concluir que existem argumentos jurídicos e teleológicos a favor do reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição no que diz respeito às obras fornecidas por transferência (*download*) para uma utilização permanente”, o Advogado-Geral entende que, “no estado atual do direito da União [...] o fornecimento de livros eletrónicos por transferência (*download*) para utilização permanente não se enquadra no direito de distribuição [...] mas do direito de comunicação ao público”²². De igual modo, o Tribunal de Justiça declarou que “o fornecimento ao público por transferência, para utilização permanente, de um livro eletrónico está abrangido pelo conceito de “comunicação ao público”, e, concretamente pelo conceito de “colocação à disposição do público [das obras dos autores] por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido”” na aceção da Diretiva 2001/29 relativa ao direito de autor²³.

Assim, o regime dos conteúdos e serviços digitais é dualista consoante se trate de programas de computador ou de outros bens digitais, embora nos pareça que o esgotamento não esteja afastado relativamente a bens digitais incorporados nos chamados “bens com elementos digitais” (telemóveis, relógios ou televisores “smart”).

8. Exercício do direito de rescisão e seus efeitos

A rescisão exerce-se mediante declaração pelo consumidor ao profissional (art. 15), o qual deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato, relativos ao período durante o qual teve lugar a não conformidade, salvo no fornecimento oneroso e duradouro em que o reembolso é limitado ao proporcional do preço pago correspondente ao período de não conformidade e a eventual antecipação (art. 16/1). O prazo de reembolso é de 14 dias após a redução do preço ou cessação do contrato e deve ser livre de encargos (art. 18).

Além do reembolso, o profissional deve ainda abster-se de utilizar quaisquer conteúdos, que não sejam dados pessoais, que tenham sido facultados ou criados pelo consumidor aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos pelo profissional (art. 16/3),

²¹ Acórdão de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11 (*UsedSoft*).

²² MACIEJ SZPUNAR, Conclusões apresentadas em 10 de setembro de 2019 no proc. C-263/18 (*Nederlands Uitgeversverbond*).

²³ Acórdão de 19 de dezembro de 2019, proc. C-128/11 (*UsedSoft*), ECLI:EU:C:2019:1111.

assistindo ao consumidor o direito de recuperar esses conteúdos digitais, a título gratuito e sem entraves por parte do profissional, num prazo razoável e num formato de dados de uso corrente e de leitura automática (art. 16/4). De igual modo, após a rescisão do contrato, o consumidor deve abster-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais e de colocá-los à disposição de terceiros (art. 17/1), podendo o profissional impedir qualquer utilização posterior, em especial tornando-os inacessíveis ao consumidor ou desativando a sua conta de utilizador (art. 16/5).

9. Direito de alteração dos conteúdos ou serviços digitais

No caso de fornecimento duradouro, o profissional pode alterar os conteúdos ou serviços digitais além do necessário para manter os conteúdos ou serviços digitais em conformidade, se o contrato estipular razão válida para a alteração, se esta for feita sem custos adicionais para o consumidor e notificada de forma clara e compreensível ao consumidor, com antecedência razoável, num suporte duradouro, das características e do momento das alterações, informando-o também do seu direito de rescisão no caso de impacto substancial ou da possibilidade de manter os conteúdos ou serviços digitais inalterados, em conformidade, sem custos adicionais (art. 19/1). Sendo que o consumidor tem direito a rescindir o contrato gratuitamente se a alteração tiver um impacto negativo no acesso ou na utilização, por si, dos conteúdos ou serviços digitais, a menos que tal impacto seja apenas menor. O prazo para rescindir o contrato é de 30 dias a contar da data de receção da notificação ou do momento em que os conteúdos ou serviços digitais foram alterados pelo profissional, consoante a data que for posterior (art. 19/2).

A diretiva fala em alteração dos conteúdos ou serviços, mas pode o prestador de serviços e/ou fornecedor de conteúdos reservar o direito de descontinuar o serviço a qualquer momento e mesmo sem justificação? Como se lê nos termos de serviço do Google, por ex.: "O Google também poderá deixar de prestar os Serviços a você ou, incluir ou criar novos limites a nossos Serviços a qualquer momento." Sendo objetivo da diretiva proteger o consumidor, seria desejável acautelar a sua posição face a ruturas bruscas e injustificadas do serviço. Imagine-se o dano em massa à escala global se o Google puder livremente descontinuar os seus serviços sem aviso prévio!

10. Responsabilidade objetiva do fornecedor de conteúdos e serviços digitais?

Uma outra questão deixada em aberto pela diretiva dos conteúdos e serviços digitais diz respeito à eventual aplicação do regime da responsabilidade do produtor por danos causados

aos consumidores por produtos defeituosos, questão que está de novo na ordem do dia.²⁴ A Comissão Europeia elaborou um documento²⁵ nos termos do qual não existem dados suficientes para concluir com segurança sobre a necessidade de alargar a diretiva da “Product Liability” aos desenvolvimentos tecnológicos trazidos pelas aplicações informática (software), objetos interligados em termos de IoT (“Internet of Things”) e sistema autónomos²⁶. De igual modo, não é claro que a vulnerabilidade do software face a ataques cibernéticos ou falhas na atualização de software de segurança seja “defeito” para efeitos desta diretiva, sendo apontada a divergência doutrinal sobre a qualificação do software como produto²⁷. O atual Regulamento dos dispositivos médicos²⁸ inclui expressamente o software na lista de possíveis “dispositivos médicos” (art. 2), esclarecendo o preâmbulo que “o *software*, por si só, é qualificado como dispositivo médico quando especificamente destinado pelo fabricante a ser utilizado para um ou vários fins médicos indicados na definição de dispositivo médico, ao passo que o *software* de uso geral, mesmo quando utilizado num contexto de saúde, ou o *software* previsto para fins relacionados com o estilo de vida e o bem-estar, não são um dispositivo médico” (considerando 19). Mais acrescenta o referido documento de trabalho da Comissão que o software é um componente de muitos produtos e que o produtor responde pelo produto final como um todo, antecipando-se a futura irrelevância da distinção entre produto e serviços²⁹.

11. Conclusão

Para suprir a lacuna de proteção do consumidor de serviços e conteúdos digitais que era suscetível de prejudicar o bom funcionamento do mercado interno, o acervo da União Europeia sobre proteção do consumidor no comércio eletrónico foi reforçado pela Dir. 2019/770, juntamente com outras medidas, em especial sua diretiva gêmea, a Dir.

²⁴ Ver, por ex., GERAINT HOWELLS, CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, CHRIS WILLET, “Product Liability and Digital Products”, *EU Internet Law*, ed. T. Synodinou *et al.*, Springer, Cham, 2017, pp. 183-195, sustentando que os produtos não tangíveis, tais como aplicativos e outro software não fornecidos em um meio tangível, seriam produtos para efeitos da diretiva sobre responsabilidade do produtor. O artigo faz uma distinção crucial entre informações (de forma tangível ou não tangível) que não devem gerar responsabilidade e produtos tangíveis ou não tangíveis que não se limitam à mera prestação de informações e cujos defeitos podem causar danos materiais, devendo estes últimos ser abrangidos pela Diretiva 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, transposta pelo DL 383/89, de 6 de novembro (com alterações). Entre nós, SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade* N.º 1 (2019), pp. 1476-1485.

²⁵ Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products - Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) - SWD(2018)157 final.

²⁶ SWD(2018)157 final, p. 123

²⁷ No sentido de que a definição de produto apenas “abrange os suportes materiais em que a obra se materializa, fixa e comunica”, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 613.

²⁸ Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2017 relativo aos dispositivos médicos, que altera a Diretiva 2001/83/CE, o Regulamento (CE) 178/2002 e o Regulamento (CE) 1223/2009 e que revoga as Diretivas 90/385/CEE e 93/42/CEE do Conselho.

²⁹ SWD(2018)157 final, p. 52.

2019/771 sobre os contratos de compra e venda. A diretiva sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais não harmoniza questões internas do direito civil.

Não obstante, consagra direitos do consumidor no caso de não fornecimento e de não conformidade dos conteúdos ou dos serviços com o contrato, que integram imperativamente o conteúdo destes contratos, qualquer que seja a sua ordenação na tipologia legal dos contratos, prevalecendo, enquanto lei especialíssima, nas relações de consumo e podendo até ser alargada a outros sujeitos que possam justificar proteção semelhante.

Alguns aspetos não foram regulados, como sejam o esgotamento do direito de distribuição na propriedade intelectual, ou a aplicação da responsabilidade do produtor ao fornecedor de conteúdos e serviços digitais. Mas é razoável esperar novos desenvolvimentos sobre estas matérias, que face à harmonização completa estabelecida, e que surgirão primeiro na União Europeia.

Bibliografia

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, n.º 1 (2019), pp. 1476-1485

BANCO DE PORTUGAL, “Moedas Virtuais” <<https://www.bportugal.pt/page/moedas-virtuais>>

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista Bolsa, Banca e Seguros*, n.º 3 (2018), pp. 215-6

CARVALHO, JORGE MORAIS DE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, vol. 20/3 (2019), pp. 63-87

EUROPEAN COMMISSION, “Digital contract rules” <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/digital-contract-rules_en>

EUROPEAN COMMISSION, Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products - Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) - SWD(2018)157 final.

GUIBAULT, LUCIE / HELBERGER, NATHALIE, *Digital Consumers and the Law: Towards a Cohesive European Framework*, Wolters Kluwer, 2012

HELBERGER, NATHALIE / LOOS, M.B. / GUIBAULT, LUCIE / MAK, CHANTAL / PESSERS, LODEWIJK, “Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36/1 (2013), pp. 37-57

HOWELLS, GERAINT / TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN / WILLET, CHRIS, “Product Liability and Digital Products”, *EU Internet Law* (ed. T. Synodinou *et al.*), Springer, Cham, 2017, pp. 183-195

PINTO, PAULO MOTA, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 199-331

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990

SZPUNAR, MACIEJ, Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral em 10 de setembro de 2019, no proc. C-263/18 (*Nederlands Uitgeversverbond*)

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 29.11.2017, proc. C-265/16 (VCAST)

Acórdão de 3.7.2012, proc. C-128/11 (*UsedSoft*).

Acórdão de 14.6.2017, proc. C-610/15 (Ziggo- “The Pirate Bay”)

Acórdão de 26.4.2017, proc. C-527/15 (Filmspeler).

Acórdão de 8.9.2016, proc. C-160/15 (GS Media - “Playboy”)

Acórdão de 19 de dezembro de 2019, proc. C-263/18 (*Nederlands Uitgeversverbond*)

(texto submetido a 16.12.2019 e aceite para publicação a 7.01.2020)