

# CONCORRÊNCIA DESLEAL NA INTERNET

*Adelaide Menezes Leitão\**

## I. Notas iniciais

Uma abordagem do tema da concorrência desleal na Internet<sup>1</sup> impõe que se comece por enunciar alguns tópicos que são essenciais para a caracterização da concorrência desleal em geral:

1) A concorrência desleal é, antes de mais, uma “disciplina da igualdade,” que, no quadro das actuações dentro do espaço da autonomia privada, procura traçar uma fronteira entre uma zona de licitude e uma zona de ilicitude, fronteira que é determinada pela conformidade ou desconformidade dessas actuações com um padrão de lealdade, que pressupõe uma valorização, e cujo processo de concretização é correlativo da própria evolução sócio-económica (proémio do artigo 317.º do Código de Propriedade Industrial (CPI));

2) O Direito faz eco da avaliação dos comportamentos dos industriais e dos comerciantes e, em geral, de todos os que operam no mercado, pela criação de tipos normativos que permitem qualificar em actos lícitos ou ilícitos esses comportamentos (as alíneas do artigo 317.º do CPI); e

3) No actual quadro jurídico português, em termos de construção doutrinal, tem-se defendido que existem essencialmente quatro tipos normativos abrangentes<sup>2</sup> que ajudam a qualificar de concorrência desleal os comportamentos dos operadores do mercado, a saber:

- a) o aproveitamento;
- b) a agressão;
- c) a indução em erro; e
- d) a desconformidade com um padrão de boa conduta.

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Agradeço à Associação Portuguesa de Propriedade Intelectual o convite que me dirigiu para apresentar uma conferência, subordinada ao tema “A concorrência desleal na Internet”, no 8.º Curso de Direito da Sociedade de Informação, que teve lugar em 14 de Fevereiro de 2005. O texto que ora se apresenta serviu de apoio à conferência apresentada.

<sup>2</sup> Sistematização adaptada de Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 18.º ed., C. H. Beck, 1995, 396 ss.

Este último tipo apresenta-se como residual, possuindo uma estrutural aptidão para abranger novos comportamentos que se revelem desconformes com um padrão de boa conduta.

O Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, nos seus artigos 317.º e 331.º, apresenta a concorrência desleal como um ilícito contra-ordenacional e civil.

Os tópicos que se acabam de enunciar são importantes para uma introdução às especificidades da concorrência desleal na Internet.

O primeiro tópico, ao referir-se à evolução socio-económica e ao fazer depender dessa evolução o padrão de lealdade, apresenta o aparecimento e o posterior desenvolvimento da Internet como um momento deste processo evolutivo. Assim sendo, deve indagar-se se a Internet tem especificidades em relação ao padrão de lealdade vigente.

O segundo tópico evidencia a necessidade de reconduzir a tipos normativos prévios as formas de comportamentos surgidas posteriormente à sua construção. Nestes termos, na indagação sobre o seu carácter lícito ou ilícito, importa determinar se as novas realidades podem ser avaliadas e categorizadas de acordo com os tipos normativos pré-existentes.

O terceiro tópico analisa os comportamentos na Internet e a sua especificidade em relação aos diferentes tipos normativos abrangentes de concorrência desleal.

## **II. Internet, inovação tecnológica e novas formas concorrenciais**

A Internet pode ser vista quer como infra-estrutura ou plataforma de comunicação, quer como a rede de conteúdos que naquela têm lugar<sup>3</sup>.

No âmbito da presente análise, é a rede de conteúdos que mais nos interessa, em especial os que se situam no espaço comercial e no domínio da oferta de bens e serviços.

Saliente-se que grande parte dos comportamentos existentes na plataforma comunicacional são mera reprodução dos do mundo real, não apresentando, por consequência, uma significativa diferenciação em relação ao espaço exterior da autonomia privada. Sob este prisma, a Internet não traz qualquer especificidade a uma normal aplicação da concorrência desleal aos comportamentos que nela ocorrem.

Porém, há uma parte nova, na qual as virtualidades trazidas pela arquitectura tecnológica da Internet, inexistentes fora dela, é de relevância não despicienda.

---

<sup>3</sup> Pedro Gonçalves, *Disciplina Administrativa da Internet*, Direito da Sociedade da Informação, vol. V, 46.

Situados no espaço interno da rede, se desconhecêssemos o mundo exterior, ou se admitíssemos que todas as relações se desenhavam no ciberespaço, não disporíamos de um ponto de comparação que nos pudesse apontar a diferença. Afastada, porém, esta hipótese académica, pode-se afirmar que o que nos oferece a Internet, que diferencia o actual momento do que precedeu ao seu aparecimento, é um suporte tecnológico com capacidades não alcançáveis pelos anteriormente conhecidos. Nestes termos, a Internet é, *prima facie*, um produto da evolução tecnológica com novas ferramentas.

Diga-se que a arquitectura tecnológica, por si só, não produziu automática e imediatamente um impacto significativo no padrão de lealdade. Está, porém, na origem de novas formas concorrenciais, mercê das virtualidades inerentes à sua tecnologia.

### **III. Padrão de lealdade, acto de concorrência, regulação e liberdade**

O padrão de lealdade da concorrência assenta no conceito de normas e usos honestos, conceito que aponta para a criação espontânea de uma normalidade, cuja concretização tem em consideração a formulação de normas de comportamento, formalizadas ou postas em prática pelos concorrentes, que correspondem à consciência ética do sector, sendo à luz dessas normas que se julgam os comportamentos dos concorrentes. Segundo Oliveira Ascensão, trata-se de um padrão social de comportamento que faz um apelo à realidade<sup>4</sup>.

Nestes termos, a Internet surge como um sector, *rectius* um ramo de actividade ou uma nova realidade, em que o padrão de lealdade tem de atender à sua especificidade. Trata-se de uma área que, em virtude de alguma relutância à intromissão legislativa, promove a criação de outras formas de regulação, designadamente a auto-regulação, a qual tem tido um especial papel na concretização da correcção comportamental.

De referir que a arquitectura da Internet permite, em certos casos, que ferramentas tecnológicas particularmente eficazes afastem comportamentos tidos por incorrectos. Este aspecto é relevante para a valorização das condutas no ciberespaço, uma vez que se existirem instrumentos de acesso generalizado para o combate a essas condutas, não há razão para chamar à colação disciplinas jurídicas como a da concorrência desleal. Interessa, pois, determinar se o Direito, como ordem de comportamentos, não tem na regulação da Internet apenas um papel meramente subsidiário e

---

<sup>4</sup> Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, 157.

complementar em relação à regulação imposta pela tecnologia. Por esta razão, o padrão de deslealdade deve ter em consideração não só que o comportamento se insere na Internet, mas também que o acto de concorrência tem de ser avaliado no quadro deste mercado *sui generis*.

A Internet é o mercado global por excelência. Isolar actos de concorrência num mercado em que todos os bens e serviços estão em concorrência, pode ser tarefa árdua, sobretudo quando a procura não assenta em verdadeiras necessidades, mas, diferentemente, nos mais diversificados ímpetos consumistas. Com esta irracionalidade na procura, pode defender-se que as ofertas estão todas em hipotética concorrência. Assim, a concepção funcional de acto concorrência, assente no desvio de clientela, é, pela dificuldade da identificação dos fluxos de consumidores, inoperante. De forma idêntica, a concepção estrutural de acto de concorrência como acto no mercado é de tal modo abrangente que não permite qualquer delimitação<sup>5</sup>.

Deste modo, é fundamental encontrar uma relação concreta de concorrência e o fim concorrencial para face a um determinado comportamento o caracterizar como um acto de concorrência. Na Internet essa relação pode ter diferentes configurações não fazendo qualquer sentido falar em sectores de actividade ou em critérios formais de identidade ou complementaridade de ofertas. A relação concreta de concorrência desenhasse, assim, pela vantagem potencial ou efectiva que um determinado comportamento, finalisticamente orientado, pode desencadear na luta pela conquista de consumidores.

Com efeito, na Internet, a luta concorrencial é essencialmente dirigida aos utilizadores e só indirectamente se repercute sobre os concorrentes. Neste sentido, os actos são especialmente direccionados para influenciar comportamentos dos consumidores. Apesar do que se acaba de referir, não choca que a concorrência desleal possa ter na Internet um espaço para a sua aplicação, porquanto, historicamente, a autonomização dos casos de indução em erro (dos consumidores), pela sua repercussão na concorrência em geral, incluiu-os no âmago desta disciplina.

Há, assim, dois exercícios que devem ser realizados para aferir da aplicabilidade da concorrência desleal à Internet. O primeiro consiste em determinar se o comportamento se limita a reproduzir condutas do mundo exterior. Neste caso aplica-se normalmente a concorrência desleal. O segundo passa por analisar se o comportamento em causa só pode ser adoptado no ciberespaço. Em relação às novas formas concorrenciais, que

---

<sup>5</sup> O nosso *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula geral de Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 47.

são em larga medida resultado da inovação tecnológica, é preciso, pois, realizar uma valorização à luz da política da sociedade da informação e dos vectores da concorrência desleal.

Antes da criação de um direito da sociedade da informação, ou de um direito da Internet, como disciplina consolidada face a comportamentos concorrenciais, que todos os dias se vão alterando, é indispensável reflectir sobre a evolução tecnológica e o seu papel na nossa sociedade, sobre a necessidade de uma intervenção legislativa e judicial e sobre o sentido dessa intervenção. Esta reflexão pode conduzir a deixar a Internet livre de significativos constrangimentos, para garantia da sua sobrevivência e desenvolvimento (paradigma liberal), ou, de modo oposto, a considerar que a sua sobrevivência e desenvolvimento, em especial no que concerne ao comércio electrónico, dependem da introdução de mecanismos legislativos efectivos que garantam a sua segurança (paradigma intervencionista)<sup>6</sup>.

A Internet é *performance* e, enquanto tal, encontra-se exposta ao relativismo e ao pragmatismo próprios da pós-modernidade, em que o quadro de valores estáveis, no qual o mundo jurídico assenta, não tem grande aplicação (paradigma do pós-intervencionismo).

Numa postura liberal faz, talvez, sentido pensar a Internet como um espaço de abertura ao desenvolvimento de novos comportamentos, pelo que só em casos especialmente qualificados, avaliados nos seus resultados, se deva recorrer à sua proibição. Este tipo de argumento foi inicialmente utilizado na publicidade, com base na ideia de que se tratava de uma actividade essencial para a iniciativa e desenvolvimento económicos, o que originou algum laxismo e fomentou o seu crescimento excessivo.

Ora, a Internet não deve implicar uma disciplina mais rigorosa do que aquela que foi criada para a actividade publicitária. Na verdade, na sua essência, a maioria das ferramentas tecnológicas, que permitem novas formas de concorrência, não passa de uma forma habilidosa de fazer publicidade e de chamar a atenção dos consumidores, ainda que, em relação algumas dessas práticas, os sistemas jurídicos não reconheçam o seu carácter publicitário.

Nesta linha de análise, a disciplina da publicidade pode fornecer um quadro de referências (analogia) para o tratamento das condutas concorrenciais na Internet, na medida em que ela própria é o resultado de um equilíbrio entre as necessidades do desenvolvimento económico e a protecção dos interesses dos concorrentes e dos consumidores.

---

<sup>6</sup> Sobre o conflito entre liberdade e constrangimento, Lawrence Lessig, *The Laws of Cyberspace*, Draft 3, 1998.

Diferentemente, a aplicação da concorrência desleal, com recurso a interpretações literais ou extensivas, pode mostrar-se especialmente desadequada, quer por ser demasiado proteccionista dos concorrentes e restritiva dos *outsiders*, quer por ter sido pensada para situações anteriores à própria evolução sócio-económica que a Internet protagoniza. Simples critérios de deslealdade, como o aproveitamento, a agressão e a indução em erro, podem ser, por si só, inoperantes para qualificar práticas concorrenciais na Internet, pelo facto de não terem expressão relevante na concorrência, ou por se aplicarem a práticas de uso generalizado, que não faz sentido serem impedidas, por não serem consideradas reprováveis para a normalidade e consciência ética daqueles que nela operam.

#### IV. Novas formas de concorrência na Internet

Como foi referido anteriormente, a Internet permitiu autonomizar um conjunto de comportamentos específicos, próprios do ciberespaço, que não tem paralelo fora da rede<sup>7</sup>, a saber:

- a) *hiperlinks*;
- b) *frames*;
- c) *metatags*;
- d) *keywords selling*;
- e) *ciberstuffing*; e
- f) publicidade e *marketing* interactivos.

Impõe-se, pois, descrever previamente alguns destes comportamentos.

Os *hiperlinks* ou hiperligações correspondem a comandos, normalmente representados por um texto sublinhado ou a *bold*, que, quando accionados, permitem que o utilizador seja transportado de uma página para outra<sup>8</sup>.

Por sua vez, os *frames* traduzem-se num processo de *linking* em que uma página da *web* pode ser dividida em duas páginas distintas com janelas e elevadores autónomos.

Os *metatags* ou descritores consistem em palavras não acessíveis aos utilizadores, colocadas na construção das páginas; são códigos de *html* que,

---

<sup>7</sup> Peter Mankowski, *Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht*, GRUR Int 12/1999, 996 ss distingue outras formas concorrenciais como o *domain grabbing*, os *cookies* e o *spamming*.

<sup>8</sup> Jeffrey R. Kulster/Peter A. Nieves, *Hiperlinks, frames and metatags: an intellectual property analysis*, IDEA-The Journal of Law and Technology, vol. 38, n.º 2, 246.

colocados em palavras-chave e frases, são descritivos quanto ao conteúdo dos sítios e que são lidos pelos motores de pesquisa<sup>9</sup>.

O *keywords selling* traduz-se na venda de palavras-chave, que permite que determinadas empresas obtenham vantagens nos resultados apresentados pelos motores de pesquisa pelo aparecimento automático das suas janelas comerciais (*banners*) ou dos seus sítios.

O *ciberstuffing* equivale a uma forma de controlo dos resultados das pesquisas, permitindo estabelecer a posição em que o sítio de uma empresa é apresentado numa lista de resultados de pesquisa, designadamente através da repetição de certas expressões de procura no sítio.

A publicidade e o marketing *interactivos* são novos meios de publicidade em que o destinatário das mensagens comerciais pode interagir com os anunciantes.

Antes de passarmos em revista as situações atrás elencadas, para avaliar o seu enquadramento (ou não) como actos de concorrência desleal, justifica-se uma incursão sumária pelos casos que já alcançaram as instâncias judiciais.

## **V. Novas formas de concorrência na Internet - jurisprudência**

O *leading case* em matéria de hiperligações entre sítios é uma acção judicial entre a Ticketmaster Corporation e a Microsoft Corporation. A Microsoft desenvolveu uma série de sítios com informação turística sobre diferentes cidades. Um destes sítios, o Seattle Sidewalk, constituía um guia para a cidade de Seattle, no qual foi introduzido uma hiperligação para o sítio da Ticketmaster. Esta empresa invocou danos causados por uma hiperligação não autorizada, que acarretava a desvalorização comercial da sua *homepage* e o desconhecimento por partes dos utilizadores de outras hiperligações, com outras ofertas, com prejuízo do acesso a outros bens e serviços por si oferecidos.

Por sua vez, a Microsoft alegou *fair use*, atendendo ao facto da hiperligação não ter intuito lucrativo, nem intenção de prejudicar a Ticketmaster, que saía beneficiada pela promoção gratuita dos seus serviços<sup>10</sup>. A acção terminou com um acordo extra-judicial, desconhecendo-se qual a composição de interesses que os tribunais norte-americanos fariam deste tipo de conduta.

---

<sup>9</sup> O nosso *Metatags e correio electrónico entre os novos problemas do Direito da Internet*, Direito da Sociedade de Informação IV, 407.

<sup>10</sup> Com maior desenvolvimento sobre a defesa utilizada pela Microsoft, Jeffrey R. Kulster/Peter A. Nieves,, *Hyperlinks cit.*, 262.

No Reino Unido, o caso *Shetland Times Ltd v. Dr. Jonathan Wills and Zetnews, Ltd*, que se desenvolveu em torno da existência de hiperligações profundas entre o sítio da Shetland News e o da Shetland Times, terminou com um acordo extra-judicial. Todavia, numa fase inicial do processo, proibiu-se a utilização da hiperligação com base na aplicação da Lei de protecção de *copyright*.

No processo *American Civil Liberties Union of Georgia v. Miller (ACLU)* foi reconhecido o direito de estabelecer hiperligações (*right to link*) com fundamento na 1ª. Emenda. De forma idêntica, no caso *Reno v. ACLU* foi defendida a importância da liberdade de expressão na Internet.

Em matéria de *framing*, no caso *Washington Post Co. V. Total News Inc.*, a Total News utilizou *frames* de várias empresas jornalísticas que alegaram violação de marca e de direito de autor.

Os *frames* permitem a associação entre empresas, pelo que podem verificar-se com facilidade situações de concorrência desleal, em alguns casos.

Várias situações de *metatags* já chegaram aos tribunais norte-americanos<sup>11</sup>, como é o caso da *Insituform Technologies, Inc. v. National Envirotech Group LL. C*, que terminou com um acordo extra-judicial em que a National Envirotech aceitou retirar o *metatag* *Insituform* do seu sítio.

No caso mais conhecido da *Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts* foi alegada violação de marca, com utilização de marca de outrem com intuito comercial, concorrência desleal e confusão entre empresas distintas.

No caso *Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainment Corp* foi desenvolvida a doutrina da confusão inicial, que defende que em casos de *metatagging* não existe verdadeira confusão porque os utilizadores alcançam um conhecimento diferente daquele que procuravam. Porém, a utilização da marca ou de expressão semelhante à marca nos *metatags* acaba por traduzir-se num acto de aproveitamento da reputação alheia.

No processo *Playboy Enterprises Inc. v. Welles* permitiu-se que uma antiga *playmate* utilizasse a marca *playboy* dado que a utilização, num sentido essencialmente descritivo da referida marca, foi considerada *fair use*, descrevendo de forma verdadeira a respectiva oferta.

No domínio da venda de palavras-chave, a jurisprudência norte-americana (v. g. *Playboy Enterprises Inc. v. Excite, Inc*) orientou-se no sentido da comercialização não configurar qualquer violação do direito de marca. Recentemente, a *Fragrance Counter* celebrou um contrato com os motores de pesquisa Excite e Webcrawler para que a sua janela de

---

<sup>11</sup> O nosso *Metatags e correio electrónico cit.*, 410 ss.

publicidade aparecesse sempre que fossem introduzidas as palavras das suas concorrentes *Estée Lauder*, *Clinique* ou *Origins*. A *Estée Lauder* instaurou uma acção com base em violação de marca, concorrência desleal e publicidade enganosa,<sup>12</sup> cujo desfecho ainda não é conhecido.

De salientar que os poucos casos chegados às instâncias judiciais, em especial às norte-americanas, não permitem captar com precisão linhas jurisprudenciais que possam ser extrapoladas para quadros genéricos de avaliação das práticas concorrenciais. Efectivamente, uma parte significativa das acções que envolvem processos tecnológicos novos termina pela composição extra-judicial. No que respeita aos casos que alcançam uma sentença, as soluções apontam para uma análise casuística em que se faz um balanço entre um uso lícito e um uso ilícito, no qual vários interesses são sopesados.

Na maioria dos arestos desenvolve-se uma concepção dos direitos de monopólio industrial, *v. g.* a marca, como direitos com contornos bem delimitados. Tal entendimento é essencial à defesa de um espaço de liberdade conatural ao desenvolvimento da Internet. Pode, porém, potenciar uma maior aplicabilidade da disciplina da concorrência desleal. No entanto, esta aplicação terá de ser especialmente cautelosa, para que, pela via da concorrência desleal, não ocorra uma excessiva proibição de comportamentos, funcionando como uma extensão injustificável de direitos industriais. Por esta razão, na aplicação da concorrência desleal há que ter presente que é necessário preservar na Internet o equilíbrio entre a liberdade e o exclusivo.

## **VI. Novas formas concorrências na Internet - análise**

### **A. As hiperligações**

Têm sido apresentadas várias classificações para as hiperligações. Numa distinção básica, hiperligações disjuntivas são aquelas cuja activação fornece instruções ao programa de navegação para substituir totalmente os conteúdos de origem pelos conteúdos de destino; por sua vez, hiperligações conjuntivas são as cuja activação permite juntar ou unir os conteúdos de destino com os conteúdos de origem<sup>13</sup>. Numa diferente classificação, as hiperligações podem ser de superfície (*surface links*) ou profundas (*deep*

---

<sup>12</sup> Filipe Fonteles Cabral, *Cibertricks: Questões de concorrência na World Wide Web* ([www.dannemann.com.br](http://www.dannemann.com.br))

<sup>13</sup> Sobre a taxonomia das hiperligações, Sofia Vasconcelos Casimiro, *Contributo para o estudo dos mecanismos de associação de conteúdos da World Wide Web (tese polic.)*, 87 e ss.

*links*), conforme remetem para a primeira página de um sítio ou para as páginas secundárias<sup>14</sup>.

Alguns autores têm-se pronunciado pela dificuldade de aplicação da concorrência desleal às hiperligações de superfície, em razão quer da necessidade de preenchimento dos requisitos da concorrência desleal, quer por defenderem uma concepção exigente sobre o acto de concorrência desleal<sup>15</sup>. Estes autores, porém, não afastam a aplicação desta disciplina, verificados que sejam os seus pressupostos, caso o sítio de destino não se encontre protegido pelo Direito de Autor ou por um direito *sui generis* sobre uma base de dados<sup>16</sup>.

Em alguns casos de hiperligações há a possibilidade de confusão e de indução em erro. Para tal não é, porém, suficiente a colocação de hiperligações, exigindo-se outras afirmações no sítio que demonstrem a intenção do titular da página de origem de provocar confusão e/ou indução em erro. Relativamente às hiperligações profundas é mais fácil a aplicação da concorrência desleal por implicarem normalmente actos de aproveitamento e de parasitismo<sup>17</sup>.

Na nossa óptica, a colocação de hiperligações de superfície ou profundas não justifica por si só a aplicação da disciplina da concorrência desleal. Com efeito, trata-se de um processo generalizado na Internet, que permitiu a sua transformação naquilo que hoje é. A possibilidade de saltar de sítio em sítio é essencial para a navegação dos utilizadores, que o podem fazer através da introdução de nomes de domínio ou da utilização de hiperligações. É, pois, uma prática corrente na Internet que não é rejeitada pela consciência ética dos que nela constroem e são titulares de sítios comerciais. Numa análise de paralelismo com o mundo exterior, admitindo que a colocação de uma hiperligação pode ter um propósito essencialmente comercial, se houver entre os sítios ligados uma relação concreta de concorrência, estaremos perante um fenómeno semelhante ao da publicidade comparativa. Se esta relação de concorrência não existir, como nos parece ser o caso da Microsoft e da Ticketmaster, tratar-se-á de uma associação de esforços vantajosa para os consumidores e que não implica necessariamente, para o utilizador, a ideia de associação de empresas.

---

<sup>14</sup> José Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, frames e metatags – A segunda geração de referências na Internet*, Direito da Sociedade da informação, vol. III, 30.

<sup>15</sup> Sofia Vasconcelos Casimiro, *op.cit.*, 155-157.

<sup>16</sup> Sofia Vasconcelos Casimiro, *op.cit.*, 186.

<sup>17</sup> Sofia Vasconcelos Casimiro, *op.cit.*, 189.

Há, no entanto, situações em que os titulares dos sítios inserem um aviso no sentido de proibir as hiperligações por terceiros, caso em que deverá ser respeitada a proibição<sup>18</sup>.

Nestes termos, entende-se que salvo em raras situações ou quando se trate de pessoas particularmente incautas, à margem da tutela jurídica, estes casos não devem ser enquadrados como de indução em erro e/ou aproveitamento ilegítimo. É certo que podem surgir entres dois sítios, para além de um hipernexo, conteúdos que potenciem a ideia de associação de empresas, com o correspondente aproveitamento ilegítimo e/ou indução em erro. Ora, são esses conteúdos que têm de ser avaliados sobre o prisma da concorrência desleal. A hiperligação só por si não contribui para a concorrência desleal, pelo que para aferir de um aproveitamento manifestamente ilícito há que proceder a uma análise da contextualidade dos conteúdos do sítio de origem e de destino. O princípio que se defende é o da liberdade de estabelecimento de hiperligações, pois, caso contrário, a colocação de hiperligações entre sítios estaria dependente de licença, o que implicaria a necessidade de autorização do titular do sítio. Ora, do nosso ponto de vista, os negócios jurídicos, normalmente onerosos, de autorização de estabelecimento de hiperligações devem restringir-se aos *banners* publicitários (*web-linking agreements*). Fora destes casos de ligações exclusivamente comerciais, o estabelecimento de hipernexos deve ser considerado livre.

Quando as hiperligações se situam entre empresas que desenham uma relação concreta de concorrência e há fim comercial pela disputa da mesma clientela, a situação não deve ter um enquadramento diferente daquele que resultaria da publicidade comparativa que é, quando assente em características objectivas e comprováveis, em geral, admitida.

## B. Os *frames*

Certos autores defendem que há a possibilidade de prática de actos de aproveitamento e de parasitismo quando haja falsa indicação da existência de uma parceria entre o titular do sítio de origem e do sítio de destino, quando um titular de um sítio utiliza *frames*<sup>19</sup>.

Na maioria dos casos, considera-se que o utilizador está familiarizado com a sistemática abertura de janelas na Internet, designadamente de

---

<sup>18</sup> Pedro Ferreira Múrias, Regulações do dono. Uma fonte das obrigações, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, vol. II, Almedina, 273 e ss.

<sup>19</sup> Oliveira Ascensão, *Hyperlinks cit.*, 33 e Sofia Vasconcelos Casimiro, *op.cit.*, 186.

*banners* publicitários, pelo que a utilização do critério da indução em erro é, por vezes, injustificado. Nestes termos, só uma avaliação especialmente qualificada deverá afastar o carácter lícito desta conduta. Com efeito, o enquadramento que é feito em matéria de hiperligações aplica-se integralmente aos frames quando estes permitem o conhecimento simultâneo dos conteúdos de dois sítios distintos, pelo que o processo de *framing* não possui características diferentes das hiperligações conjuntivas. A apresentação simultânea poderá mais facilmente induzir a uma associação entre empresas, mas, caso não exista entre estas empresas uma relação concorrencial, não é, sem mais, justificável o recurso à concorrência desleal.

À semelhança do que se defendeu para as hiperligações, a colocação de *frames* só deverá ser qualificada como de concorrência desleal quando houver uma relação concreta de concorrência e a apresentação simultânea puder ser especialmente indutora de aproveitamento ou de indução em erro. Para tal deverá recorrer-se ao critério de aferição da deslealdade do acto, com recurso ao proémio do artigo 317.º do CPI. O critério a utilizar é o do parasitismo, i.e., só nos casos em que o comportamento, face à sistematicidade, à continuidade e à globalidade, seja indubitavelmente desleal deverá justificar-se o seu carácter ilícito<sup>20</sup>. Caso contrário, o comportamento deverá ser tido como inserido num espaço de liberdade e, consequentemente, considerado lícito.

Só um critério particularmente exigente em termos de aplicação da concorrência desleal, permitirá afirmar *prima facie* um princípio de liberdade de utilização de *frames*. Assim, apenas nos casos em que exista uma relação concreta de concorrência, com potenciais ou efectivos danos e correspondentes vantagens, e em que o comportamento consubstancie um processo sistemático, contínuo e global de aproveitamento, agressão ou indução em erro, se deverá defender o seu carácter ilícito.

### C. Os *metatags*

Oliveira Ascensão discorda que se utilize o direito de marca para obstar a que outrem use como *metatag* marcas de concorrentes. Para este autor, o direito de marca protege o sinal distintivo na individualização dos bens e serviços, não conferindo a apropriação do sinal, mas tão-somente uma reserva de uso nos produtos ou serviços a que se aplica. Diferentemente, em

---

<sup>20</sup> O nosso *Imitação servil, concorrência parasitária e concorrência desleal*, Direito Industrial, Vol. I, Almedina, Coimbra, 155.

relação às marcas de grande prestígio, defende que haverá já um monopólio absoluto<sup>21</sup>.

De modo diverso, em estudo anterior, propendemos no sentido do entendimento de que determinados casos fossem analisados à luz da violação do direito das marcas, em especial quando se tratasse de marcas de grande prestígio e só excepcionalmente se recorresse à concorrência desleal<sup>22</sup>. Actualmente, consideramos que a introdução de *metatags*, pré-orientada para a prossecução de fins comerciais através de uma especial modelação do tráfego da *web*, designadamente para responder a determinadas expressões de procura, deve ser em geral considerada lícita. Nestes termos, em nosso entender, só devem ser qualificados como ilícitos os casos em que se utilizem marcas de grande prestígio e em que através de outros elementos presentes no sítio se manifeste uma actuação parasitária, com o preenchimento dos critérios de sistematicidade, globalidade e continuidade.

Com efeito, o simples facto de os motores de busca endereçarem os utilizadores para outro sítio, não justifica só por si a aplicação das regras sobre actos susceptíveis de causar confusão. É verdade que a Internet fomenta um certo aproveitamento de fluxos de utilizadores, que podem ser reciprocamente anulados, designadamente pela introdução de *metatags* nos sítios concorrentes, com potencial atracção dos consumidores. No entanto, os concorrentes, que se sintam lesados por algum tipo de utilização de *metatags* nos sítios, podem também recorrer a *metatags* que tornem os seus sítios mais atractivos para os motores de busca. Há, nesta possibilidade, uma auto-tutela através da técnica.

Na Internet, o direito tem de se articular com a tecnologia. Só os casos em que a tecnologia não ofereça uma resposta simples devem ser objecto de especial tutela jurídica.

Nestes termos, a introdução de *metatags* nos sítios deve ser considerada um processo livre, cujas restrições se devem cingir a situações delimitadas, tais como as marcas de grande prestígio ou o parasitismo. A introdução de *metatags* dos concorrentes é um processo equiparável à publicidade comparativa. Ora, a publicidade comparativa permite a apresentação de ofertas em simultâneo, desde que essa comparação assente em aspectos objectivos.

---

<sup>21</sup> Oliveira Ascensão, *Direito Intelectual, exclusivo e liberdade*, ROA, Ano 61, Dezembro de 2001, 1198-1199.

<sup>22</sup> O nosso *Metatags e correio electrónico cit.*, 421.

#### D. A venda de palavras-chave

A venda de palavras-chave deve ser enquadrada como um negócio jurídico em que o titular do motor de pesquisa vende espaço publicitário ao anunciante ou ao titular do sítio, a distingue da compra de espaço publicitário nos meios de comunicação tradicional, como a televisão, a rádio ou a imprensa escrita.

Os negócios de comercialização de resultados de pesquisa não representam à partida qualquer prática ilícita, a não ser que seja manifesta a intenção de enganar o consumidor ou de aproveitamento ilícito da reputação alheia.

De referir que, enquanto no caso dos *hyperlinks* e dos *frames* existe estruturalmente uma relação entre concorrentes ou entre titulares de sítios, nos restantes processos, como na introdução de *metatags* ou na venda de palavras-chave, o que se visa é uma relação com o utilizador e só indirectamente uma relação com os concorrentes.

Assim, como é lícito às empresas colocarem publicidade em espaços criados para esse efeito, é igualmente lícito a compra de espaço comercial na Internet. Trata-se de actos próprios da autonomia privada. Note-se que estudos recentes sobre comportamentos na Internet vão no sentido de que os utilizadores dos motores de busca desconhecem que os seus resultados podem estar condicionados por aspectos comerciais. Ora, sendo sabido que a Internet está cada vez mais invadida pelo negócio, é fundamental que os utilizadores se tornem especialmente avisados em relação ao facto de que se comercializam determinadas palavras-chave para que as pesquisas apresentem determinados resultados.

Ao utilizador é, no entanto, relativamente fácil contornar a modelação do tráfego na Internet que estas práticas alcançam, através quer do recurso aos vários motores de busca existentes, quer do cruzamento de pesquisas diferentes; há, por conseguinte, uma pluralidade de ferramentas que permitem que os utilizadores se defendam destes processos normais num espaço muito comercializado. Mais uma vez, a tecnologia oferece uma resposta acessível, não se justificando uma aplicação do direito demasiado proteccionista.

#### E. O *ciberstuffing*

A avaliação realizada dos negócios jurídicos relativos à comercialização de palavras-chave aplica-se, *mutatis mutandis*, aos processos de *ciberstuffing*, na medida em que o aparecimento em primeiro

lugar numa lista de resultados de pesquisa mais não representa de um normal processo de procura de surgimento em lugar de destaque, através de meios, mais ou menos habilidosos, de construção de sítios. Nestes termos, o *ciberstuffing* não implica concorrência desleal. É certo que se várias técnicas informáticas forem combinadas, de modo a que se registre uma actuação sistemática, contínua e global de aproveitamento da reputação de outro concorrente ou de indução em erro dos consumidores, pode haver um enquadramento desta conjugação de esforços com propósitos comerciais na esfera do ilícito de concorrência desleal. No entanto, mais uma vez, só o recurso à valorização do proémio do artigo 317.º do CPI e a presença de uma actuação especialmente qualificada, justifica o seu tratamento como concorrência desleal.

## F. Publicidade e *marketing* interactivos

Em relação à publicidade *on-line*, o direito norte-americano defende que há um princípio fundamental de paralelismo de ilicitude (*If it's illegal in the world, it's illegal in the cyberspace*),<sup>23</sup> princípio que temos preconizado neste trabalho na parte da Internet que se limita a reproduzir condutas do mundo exterior. Isto significa que a disciplina publicitária, com os seus espaços de liberdade e de restrição, deve ser aplicada na Internet como é aplicada em geral aos outros suportes publicitários.

Em alguns ordenamentos jurídicos existem normas que definem o âmbito de aplicação da disciplina publicitária e que expressamente afastam a sua aplicabilidade à Internet. Neste caso poder-se-á recorrer, verificados determinados requisitos, à concorrência desleal<sup>24</sup>, tal como acontece com as lacunas do regime jurídico da actividade publicitária, que podem ser integradas de acordo com os dispositivos do instituto da concorrência desleal.

No entanto, aquilo que neste estudo nos interessa respeita não à colocação de publicidade na Internet, em relação à qual se defende uma estrita aplicação da disciplina jurídica publicitária, mas, diferentemente, às novas formas publicitárias que a inovação tecnológica veio possibilitar.

Com efeito, num *email* enviado a um número indeterminado de pessoas pode ser colocada uma hiperligação ou várias hiperligações, ou implicar a

---

<sup>23</sup> O nosso *Publicidade na Internet*, 295.

<sup>24</sup> O nosso *A concorrência desleal e o direito da publicidade*, Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 1997, 162. No mesmo sentido o nosso *Imitação servil, concorrência parasitária e concorrência desleal*, Direito Industrial, vol. I, Coimbra, 2001, 155.

abertura automática de *banners*, podendo ser combinadas inúmeros recursos tecnológicos para tornar a publicidade mais intrusiva e agressiva. Como temos defendido, há, antes de mais, que defender um patamar de liberdade, mas para tudo há limites. Todos os excessos, para os quais não existe disciplina própria e tutela jurídica específica, justificam o recurso à concorrência desleal. Ora, existem, por vezes, na Internet formas publicitárias muito agressivas às quais deverá ser aplicada a disciplina da concorrência desleal,<sup>25</sup> como defendemos relativamente aos métodos publicitários importunos<sup>26</sup>

De referir, que o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, veio legislar sobre certos aspectos dos serviços da sociedade de informação, estabelecendo no seu artigo 20.º que não constituem comunicações publicitárias mensagens em rede que se limitam a identificar ou a permitir o acesso a um operador comercial, ou a identificar objectivamente bens, serviços ou imagem de um operador em colectâneas, ou listas, quando não tiverem implicações financeiras. Trata-se de um conceito mais restritivo de publicidade do que aquele que surge no Código de Publicidade.

Esta restrição é representativa da não aplicação às cegas à Internet de toda a disciplina publicitária. Seguindo esta indicação, a mera construção e apresentação de sítios pelos próprios titulares ou de hiperligações não deve ser vista como mensagens publicitárias. A publicidade passa a estar associada a espaços com implicações financeiras, normalmente mensagens colocadas em sítios de outros titulares. Acresce que o legislador criou uma disciplina mínima, limitando-se a estabelecer regras em matéria de identificabilidade e deveres de informação das mensagens publicitárias (artigo 21.º) e de envio de publicidade não solicitada por *email* (artigo 22.º), tendo, neste domínio, sido estabelecido um modelo de equilíbrio entre um sistema de obrigatoriedade de consentimento prévio para o envio de *spam* e a desnecessidade dessa autorização em casos específicos.

Em matéria de publicidade e *marketing* interactivos, à semelhança das outras formas concorrenciais, a sua valorização, como estando num espaço de permissão ou proibição, deverá ser feita com recurso ao proémio do artigo 317.º do CPI.

---

<sup>25</sup> Alexandre Dias Pereira, *Instrumentos de Busca, direitos exclusivos e concorrência desleal*, Direito da Sociedade da Informação, vol. III, 238.

<sup>26</sup> O nosso *A concorrência desleal e o direito da publicidade*, Concorrência desleal, Almedina, Coimbra, 1997, 157 e ss.

## VII. As novas formas de concorrência na Internet - síntese

1. Na Internet, aliás como no mundo exterior à rede, fora dos direitos exclusivos, v.g. direitos industriais e direitos autorais, defendemos, numa área externa aos direitos de exclusivo, a existência *prima facie* de um patamar de liberdade.

2. Relativamente aos comportamentos que se desenvolvem na Internet, que poderiam de igual modo ocorrer no mundo exterior, preconizamos um princípio de paralelismo de ilicitude. Preenchidos que sejam os pressupostos da concorrência desleal (acto de concorrência e deslealdade) deve ser afirmado o carácter ilícito do comportamento.

3. Relativamente às novas formas concorrenciais, que a inovação tecnológica da Internet veio permitir, somos de parecer que se deve aguardar por uma definição mais precisa da política da sociedade da informação e por linhas jurisprudenciais mais seguras em matéria da composição dos interesses em presença, antes de defender o seu carácter lícito ou ilícito.

4. Na Internet a concorrência desleal deve ser aplicada apenas como *ultima ratio*. A concorrência desleal será, assim, somente aplicada aos casos mais graves, utilizando para a qualificação do acto como ilícito os critérios de parasitismo, i.e., o seu carácter sistemático, global e contínuo. Nestes termos, defende-se que há um padrão de deslealdade próprio para os comportamentos específicos da Internet, condicionado pela respectiva normalidade e pela consciência ética dos que nela operam.

5. Em consequência, afastamos a aplicação literal dos tipos normativos previstos nas alíneas do artigo 317.º do CPI às novas formas concorrenciais na Internet. De modo diferente, somos tentados a defender a aplicação do proémio, que com os seus conceitos indeterminados permite valorizar melhor os novos comportamentos – permitindo introduzir critérios mais exigentes para a determinação do seu carácter ilícito -, designadamente os critérios que têm sido utilizados para qualificar de concorrência desleal certos processos parasitários.

Lisboa, 14 de Fevereiro de 2005